

מועד הגשת המסמך בהתאם להחלטת בית המשפט: 20.2.2022

מועד חתימת המסמך: 20.2.2022

ע"א 6971/19

בבית המשפט העליון

דרור עמירם

ע"י ב"כ עוה"ד רוני עדיני ואפי שאשא

ממשרד רוני עדיני ושות', עורכי דין

מרח' כנרת 5, ב.ס.ר. 3 קומה 31, בני ברק 5126237

טל': 03-6139696 ; פקס': 03-6139697

המערער

-נגד-

חברת דואר ישראל בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אייל בליזובסקי

מרח' בן גוריון 2, רמת גן, 52521

טל': 072-3390734 ; פקס': 072-2411781

המשיבה

ובעניין:

היועצת המשפטית לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה

מרח' קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים, ירושלים, 9777605

טל': 0733-929630 ; פקס': 02-6467038

מתייצבת להליך

עמדת היועצת המשפטית לממשלה

בהמשך להודעתה בדבר התייצבותה להליך זה מכוח סמכותה לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 11.4.2021, מוגשת בזאת עמדה מטעם היועצת המשפטית לממשלה.

א. פתח דבר – רקע נדרש, פסק הדין קמא וטענות הצדדים

1. עניינו של ההליך בבקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית (להלן: "**בקשת האישור**", או "**הבקשה**") שהגיש המערער נגד המשיבה לבית המשפט הנכבד קמא. בבקשה נטען, שקיימת קבוצה של צרכנים ששלחו דברי דואר בדואר רשום באמצעות המשיבה (ושילמו לשם כך תשלום גבוה יותר, בהשוואה לתשלום הנדרש עבור שליחת דברי דואר, בדואר "רגיל"), אך בפועל המשיבה "כשלה" ולא מסרה את דברי הדואר נגד חתימה, כנדרש בעניין דבר דואר רשום (סעיף 42 לבקשת האישור). נטען, שלקבוצה המיוצגת הנטענת עומדות עילות של הפרת חוזה, רשלנות, עשיית עושר ולא במשפט, הפרת חובה חקוקה, עילות מכח חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 ועוד.

המערער ביקש להגדיר את חברי הקבוצה כ-"כל מי ששלח... במשך 7 שנים שקדמו לבקשה זו דבר דואר רשום בישראל... ודבר הדואר הרשום לא נמסר כנגד חתימה ולא הוחזר לשולח תוך 28 ימים" (סעיף 88 לבקשה). המערער טען, שלהערכתו, הקבוצה המיוצגת מונה "מאות אלפי אנשים" (סעיף 89 לבקשה). לטענתו, על פי הערכה "זהירה מאוד", כ-5% מדברי הדואר הרשומים לא הגיעו ליעדם ולא הוחזרו לשולח, ומדובר ב-600,000 דברי דואר בשנה אחת וב-4.2 מיליון דברי דואר רשומים בשבע שנים (סעיף 90 לבקשה).

יצוין, כי מבחינת העילה האישית הנטענת, המערער טען, שהוא עוסק בפרסום הודעות ומסירתן על פי חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965 מטעמים של לקוחותיו ובמסגרת עבודתו הוא שולח באופן קבוע דברי דואר רשום באמצעות המשיבה. עוד טען המערער, שבמסגרת כמה משלוחים בדואר רשום, התחוויר, שמתוך 408 דברי דואר רשום ששלח, 198 לא נמסרו לנמענים תוך החתמתם כנדרש, ולא הוחזרו למערער.¹

במסגרת הבקשה נתבעו סעדים ממוניים (עלות משלוח דבר הדואר הרשום) ולא ממוניים (פגיעה באוטונומיה, עגמת נפש, ועוד). הנזק הממוני לקבוצה הוערך בסכום של 54.8 מיליון ש"ח והנזק הלא ממוני הוערך בסכום של 21 מיליון ש"ח נוספים.

2. המשיבה טענה מנגד, שיש לדחות את בקשת האישור. לטענתה, עומדת לה הגנה מפני הגשת התביעה, לאור הוראות "החסינות" הקבועות בסעיפים 77-85 לחוק הדואר התשמ"ו-1986 (להלן: "**הוראות החסינות**" ו-"**חוק הדואר**", בהתאמה), המגבילות את האפשרות להגיש תביעות נגדה בגין תקלות במשלוח דברי דואר.

לגוף הדברים נטען, שאכן ארעה תקלה בטיפול בחלק מדברי הדואר הרשום ששלח המערער, כתוצאה מתפקוד לקוי של הדוור שטיפל בדברי הדואר הללו, ועקב כך אין תיעוד מדויק מה נעשה עם המכתבים. עם זאת, **המשיבה טענה, שהמערער לא ביסס את קיומה של קבוצת נפגעים**. נטען בעניין זה כי "**היקף דברי הדואר הרשומים שאין לגביהם דיווח מדויק אודות הססטוס שלהם ולכן לא ידוע אם נמסרו לנמענים... נמוך משמעותית מהערכות המבקש ומדובר בשיעור של פחות מאחוז בשנים האחרונות**" (סעיף 13 לתשובת המשיבה לבקשה).

3. בית המשפט קמא (כב' השופט צבי ויצמן) **דחה בפסק דינו מיום 5.8.2019 (להלן: "פסק הדין") את בקשת האישור** ומחק את תביעתו האישית של המערער.

בית המשפט **דחה את טענת המשיבה** לפיה יש לדחות את בקשת האישור והתביעה האישית מחמת הוראות החסינות הקבועות בחוק הדואר, וקבע, שהוראות אלו לא נועדו לפטור את המשיבה מתשלום נזק שנגרם לצרכנים, כתוצאה מאי ביצוע השירות לו התחייבה, ובכלל זה לא נועד לפטור אותה מהשבת עלות השירות ששולמה (פסקה 27 לפסק הדין). לאור האמור, נקבע בפסק הדין שעומדת למערער עילה אישית (פסקאות 22, 28 לפסק הדין).

4. חרף האמור, **בקשת האישור נדחתה**. נקבע בסעיף 29 לפסק הדין, שבכדי לאשר את ניהול התובענה כייצוגית נדרש שיהיה מדובר ב-"**חריגה רחבת היקף מחובת מתן השירות של משלוח דבר דואר רשום**", כ-"**דרך התנהלות קבועה וסדירה**", להבדיל מ-"**תקלות נקודתיות, טעויות או רשלנות של מי מעובדי המשיבה**".

עוד נקבע: "**אחר שעיינתי עיין היטב בתשתית הראייתית שהציע המבקש בבקשתו מצאתי כי אין די בה על מנת לעמוד בנטל הנדרש ממנו לצורך אישורה של התביעה כייצוגית**" (שם, פסקה 31). בית המשפט קיבל את טענת המשיבה כי: "**לא מדובר בהתנהלות קבועה ומוכתבת של המשיבה, אלא לכל היותר בתקלות נקודתיות אשר אין מקום לבררן במסגרת הליך של תביעה ייצוגית**" (שם). עוד ציין בית המשפט את היקף דברי הדואר הרשומים שבהם מטפלת המשיבה (בין 18 ל-30 מיליון דברי דואר רשומים בשנה, בין השנים 2012 ל-2017), כאשר במוצג, לגבי פחות מאחוז לא היה תיעוד למשלוח הדואר הרשום והחתמתו על ידי הנמען כנדרש, "**כך שהנתונים הנתונים מלמדים לכל היותר על תקלות או טעויות נקודתיות ובוודאי לא על תופעה רחבת היקף או דרך פעולה בה אווזת המשיבה על דרך השגרה**" (שם, פסקה 32).

5. בית המשפט גם נדרש לתנאי שקובע סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "**החוק**") כאחד התנאים לאישור תובענה כייצוגית, שיש להראות שהתובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט

¹ לגבי חלק מדברי הדואר נטען שהם חולקו לתיבות הדואר, מבלי להחתים את הנמענים כנדרש.

המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ולאבחנה שקיימת בפסיקה בין "תקלות נקודתיות", לבין "מדיניות מפרה" (פסקאות 36-37, שם). עם זאת, בית המשפט ציין בפסקה 38, שיהיו מקרים שבהם גם תקלות נקודתיות יצדיקו תובענה ייצוגית בשים לב לשאלת הצורך בבירור עובדתי פרטני בעניינו של כל חבר קבוצה; לשאלה האם יש תועלת כלכלית בחיוב עוסק לנקוט באמצעים שיובילו לתוצאה של "אפס תקלות"; ולשאלה האם קיימות חלופות דיוניות להליך ייצוגי.

6. ביחס למקרה שלפנינו, בית המשפט קבע: **"לא שוכנעתי כלל ועיקר כי יש באותם מקרים פרטניים שהביא המבקש... על מנת ללמד על תופעה מקיפה ורחבה העולה לגדר של מדיניות מפרה"** (שם, סעיף 39). בקשת האישור נדחתה גם, **"בהתחשב בעובדה כי בנדון בירור פרטני ואישי של כלל התקלות הנקודתיות, ובהתחשב בכך שעומדת למבקש האפשרות לתביעה כספית אישית כנגד חברת הדואר"**, ועל כן **"איני סבור כי התובענה במתכונתה מתאימה להתברר במסגרת של תביעה ייצוגית"** (שם). על כן, בקשת האישור נדחתה.

7. **מכאן הערעור שלפנינו**. המערער טוען, ששגה בית משפט קמא כשדחה את בקשת האישור, מאחר שהוכח שקיימת קבוצה ששילמה עבור משלוח דואר רשום, אך המשיבה לא סיפקה לה את השירות שלו התחייבה תמורת התשלום, ולכן קבוצה זו זכאית להשבת התשלום וכן לפיצוי בגין הנזקים הלא ממונים שנגרמו לה. המערער טוען כי **"המשיבה עצמה הודתה כי בכ-1% מכלל המכתבים הרשומים המטופלים על ידה מדי שנה, השירות לא סופק כדין... הרי שלמעלה מ-600,000 מכתבים רשומים לא נמסרו כדין..."** (סעיף 16 לסיכום המערער). עוד נטען בסעיף 20 שם, שגם המשלוחים האישיים של המערער שלא נמסרו והוחתמו, מחזקים ומבססים את הטענות על קיום קבוצה. לאור זאת, טוען המערער: **"הוכח מעבר לכל ספק... כי קיימת קבוצת נפגעים משמעותית מהתנהלות המשיבה"**.

8. עוד טוען המערער, **מן ההיבט המשפטי**, כי בניגוד לקביעת בית משפט קמא, **הדין לא דורש קיומה של "חריגה רחבת היקף" כתנאי לאישור תובענה כייצוגית**, שהרי החוק לא קובע דרישה שכזו ולא דורש גודל קבוצה מינימלי (סעיפים 27-29 לסיכום המערער). לגישת המערער **"כל שנדרש המבקש הוא להראות כי עניינו אינו מקרה פרטני וחד-פעמי, וכי קיימת לכאורה קבוצת נפגעים שנפגעו בדרך דומה"** (שם, סעיף 28) ו- **"אין כל ספק כי בעניינו עמד המערער בנטל זה, ואף הרבה מעבר לכך"** (שם, סעיף 30). בנוסף, נטען על ידי המערער (שם, סעיפים 30-37), שבעניינו אף מדובר ב-**"חריגה רחבת היקף"** בדמות מאות אלפי מכתבים רשומים שלא טופלו כדין על ידי המשיבה.

9. המערער מתייחס גם לפסק הדין בעניין גרסט², שנדרש לאבחנה אפשרית בין מדיניות מפרה, לתקלות נקודתיות. המערער טוען כי: **"הדרישה להוכיח מדיניות מפרה היא דרישה מחמירה מידי, שלא הוצבה על ידי המחוקק... הרף הגבוה של מדיניות מפרה שנקבע בפס"ד גרסט, עלול להתפרש בידי הערכאות הדיוניות כך שיחסום כמעט כליל תביעות ייצוגיות צרכניות"** (סעיפים 66-68 לסיכום המערער). המערער טוען בסעיף 71 שם כי: **"לא לכך התכוון המשורר ונראה כי ביהמ"ש הנכבד לא צפה - בפס"ד גרסט - מצבים כמו עניינו... ייתכן כי נדרשת מחשבה נוספת של בימ"ש נכבד זה על פס"ד גרסט שבמסגרתה יישקל ביטול (ולמצער צמצום) הדרישה להוכחת מדיניות מפרה"**.

10. מנגד, **המשיבה טוענת**, שיש לדחות את הערעור ולהותיר על כנו את פסק הדין קמא, שדחה את בקשת האישור. המשיבה טוענת, שלא הוכח שקיימת קבוצה המצדיקה את אישור התובענה כייצוגית. ביחס למשלוחים של המערער עצמו ושל שני אנשים נוספים שהמערער הציג, נטען: **"מדובר במקרים בודדים... מקרים אלה לא יכולים איפוא להעיד על כלום, בוודאי לא על תופעה... בשירות בהיקפי ענק שכאלה אפשר ואף טבעי הוא, שתיפולנה תקלות בודדות"** (סעיף 23 לסיכום טענות המשיבה); **"תקלות שכאלה הן חלק בלתי נפרד משגרת עבודתו של גוף גדול שמטפל ביד אדם במאות מיליוני דבר דואר בשנה... בלתי נמנע שאירועים שכאלה יתרחשו מפעם לפעם, ברם, בין זה לבין ההצדקה לאשר תביעה כייצוגית המרחק גדול"** (שם, סעיף 46).

11. המשיבה מתייחסת לטענת המערער, שמהנתונים שהגיש המשיבה עולה, שבממוצע, הדיווח על מסירת 0.83% מדברי הדואר הרשומים הנשלחים בשנה לקוי, ויש בכך בכדי לבסס קיום קבוצה, בהינתן שמדובר במאות אלפי דברי דואר רשום לשנה. המשיבה סבורה שיש לדחות טענה זו, מהטעם ש**"תקלה ברישום מסלול דבר הדואר אינה**

² ע"א 2112/17 גרסט נ' נטוויז'ן (נבו 2.9.2018) (להלן: **"עניין גרסט"**).

תקלה במסירתו וההבדל גדול... אינה הודאה שאלה לא נמסרו כנגד חתימה, אלא שלמשיבה אין תיעוד מדויק על כך" (שם, סעיף 41. ראו גם בסעיף 59, שם).³ עוד טוענת המשיבה: **"גם אם היה מוכח, שבפחות מאחז הדואר הרשום לא נעשתה מסירה כנגד חתימה... לא מצדיק ניהול תובענה ייצוגית גם אם במצטבר מדובר במאות אלפי דברי דואר, שכן לא ניתן לאכוף על המשיבה מדיניות של אפס תקלות וטיב שירות של למעלה מ-99% לא מצדיק בשום צורה ודרך ניהול תביעה ייצוגית... טיב שירות שכזה לא מצביע על מדיניות מפרה, או על תקלה שיטתית ומערכתית. בשים לב לכך ששירותי הדואר של המשיבה ניתנים בידי בני אנוש... לא ניתן להימנע מטעויות שכאלה... תופעה המצדיקה תביעה ייצוגית כנגד המשיבה הינה גדולה בהרבה מאחז או שניים מכלל דברי הדואר" (שם, סעיף 41). המשיבה גם טוענת, בסעיף 27 לסיכומה, שנדרש להראות כי "אחז ניכר ומשמעותי מכלל דברי הדואר הרשום לא נמסרים כנגד חתימה".**

12. עוד טוענת המשיבה: **"מדובר בהיקף תקלות זניח ביותר... היקף תקלות צריך להימדד ביחס ישיר להיקף הפעילות. לכן כשהיקף הפעילות עצום אזי תקלות בפחות מאחז מהיקף כה גדול עולה כדי דבר של מה בכך ולא יכול להיחשב כהיקף בלתי סביר" (שם, סעיף 62).**

13. המשיבה טוענת עוד, שיש לדחות את טענת המערער בדבר הצורך בבחינה מחדש של הלכת גרסט בנוגע לסוגיית המדיניות המפרה ולגישתה אין הצדקה לכך (שם, סעיף 77). בדיון בעל פה בערער בא כח המשיבה חידד את טיעונו בעניין הדרישה למדיניות מפרה והבהיר, במענה לשאלת בית המשפט הנכבד כי: **"מדיניות זה אומר שדואר ישראל כעניין של מדיניות לא מבצע ניסיונות מסירה... במשך פרק זמן כזה או אחר".**⁴

14. עוד טוענת המשיבה, שתובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת לדון בעניין, גם מהטעם שנדרש לערוך בירור פרטני באשר לנסיבות כל תקלה פרטנית, דבר שאינו מתאים להליך ייצוגי (סעיף 72 לסיכום המשיבה).

ב. תמצית עמדת היועצת המשפטית לממשלה

15. היועצת המשפטית לממשלה לא תידרש לכלל המחלוקות שבין הצדדים, אלא תידרש בעיקר לסוגיות משפטיות עקרוניות בעלות השלכות רוחב החורגות מעניינו של ההליך הפרטני. בתוך כך, היועצת המשפטית לממשלה תותיר את ההכרעה האופרטיבית בערער ובבקשת האישור הקונקרטי, על נסיבותיה הפרטניות והמחלוקות העובדתיות והראייתיות בגדרה, לשיקול דעת בית המשפט הנכבד.

16. עוד תבהיר היועצת המשפטית לממשלה בפתח הדברים, שהיא לא רואה לנכון בנסיבותיו של הליך זה להידרש למחלוקת הצדדים בשאלה האם הוראות החסינות הקבועות בסעיפים 77-85 לחוק הדואר שוללות את העילה המשפטית העומדת בבסיס בקשת האישור שלפנינו כמו גם את עילתו האישית של המערער.⁵ זאת בהינתן, שלקביעות בית משפט קמא לפיהן הוראות החסינות לא חלות בעניינו ולמערער עומדת עילה אישית (ראו בסעיף 22 לפסק הדין), לא הייתה משמעות אופרטיבית, בהינתן שהתביעה האישית נמחקה (סעיף 42 לפסק הדין),⁶ ובקשת האישור נדחתה, מהנימוקים שפורטו לעיל. כך גם, בהינתן שמטבע הדברים, הערער לא נסב על סוגיה זו (שבה קיבל בית משפט קמא את עמדת המערער) ובסיכומי טענות המערער כמעט ואין התייחסות לסוגיה זו.⁷ אמנם, המשיבה עסקה מעט בסיכומיה בסוגיה זו וטענה שהוראות החסינות הן "טעם נוסף לדחיית הערער" (סעיף 36 לסיכום המשיבה), אולם המוקד של טענות המשיבה היה בסוגיית הוכחת קיום קבוצה והתאמת ההליך הייצוגי לדיון בטענות המערער. זאת ועוד: במסגרת השלמת הטיעון בעל פה בערער (מיום 11.4.2021), לפי העולה מפרוטוקול הדיון, לא הוקדשה

³ יצוין, שבסיכום התשובה שלו, המערער טוען, שאפשרות המעקב וקבלת האסמכתא הן שמייחדות את שירות הדואר הרשום שכרוך בתשלום גבוה יותר, ולכן, לשיטתו, כאשר לא קיים תיעוד על מסירת והחתמת הדואר הרשום, לא סופק השירות שעבורו שולמה התמורה העודפת ובמקרים כאלה, "תכלית שירות הדואר הרשום לא סופקה" (שם, סעיף 4). מנגד, המשיבה טענה (בסעיף 22 לסיכומה), שהמרכיב של קבלת אסמכתא לקבלת דבר הדואר ניתן רק למי שמזמין אישור מסירה ומשלם תשלום גבוה יותר מהתשלום הנדרש עבור דואר רשום "רגיל", ובעניינו לא נדונו ולא הובאו ראיות לגבי שליחת דברי דואר רשום עם אישור מסירה.

⁴ פרוטוקול הדיון מיום 11.4.2021, עמוד 4, שורות 31-36.

⁵ ראו: סעיפים 9-11, 28-36, 70 לסיכום טענות המשיבה; סעיף 20 לסיכום טענות המערער; סעיף 11 לסיכום תשובת המערער.

⁶ ראו בעניין זה גם תקנה 9 לתקנות תובענות ייצוגיות התש"ע-2010 (להלן: "תקנות תובענות ייצוגיות").

⁷ בסעיף 11 לסיכום תשובת המערער הוא הסתפק בהפניה לטענותיו בהליך קמא בנדון.

ולו מילה לסוגיית הוראות החסינות וגם מכך ניתן ללמוד על המוקד של הליך זה. על כן, ולאחר שקילת מכלול הדברים, היועצת המשפטית לממשלה אינה רואה להידרש בהליך זה לסוגיית החסינות ולא תביע כל עמדה ביחס לקביעות פסק הדין קמא וביחס לטענות הצדדים, בעניין זה.⁸

17. היועצת המשפטית לממשלה תידרש להלן לשאלות העקרוניות שהתעוררו בהליך, הנוגעות לדרישת סעיף 8(א)(1) לחוק, לפיו תנאי לאישור תובענה כייצוגית הוא כי "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה". היועצת המשפטית לממשלה תעמוד להלן על גדריה ותכליתה של דרישה זו כפי שעולה מהוראות החוק ומהפסיקה, ועל האיזונים שיש להציב, לגישתה, במסגרתה. לאחר הצגת התשתית הנורמטיבית הנדרשת, היועצת המשפטית לממשלה תידרש לבחינת השאלות המשפטיות שהתעוררו בהליך, על בסיסה של תשתית זו.

18. בנוגע לשאלה המשפטית שהתעוררה, האם הדין דורש, קיום מדיניות מכוונת של הנתבע לפעול באופן שמקים לקבוצת הנפגעים עילת תביעה, כתנאי לאישור תובענה כייצוגית, לגישת היועצת המשפטית לממשלה, אין מקום לדרישת תנאי סף שכזה, שאינו קבוע בחוק. גם מבחינת תכליות החוק, דרישת תנאי סף שכזה, עלולה להפר את האיזונים הנדרשים ועלולה למנוע הגשת תובענות ייצוגיות ראויות המקדמות את האינטרס הציבורי.

19. עם זאת, לגישת היועצת המשפטית לממשלה, השאלה האם מדובר במדיניות מכוונת, או בתקלות לא מכוונות יכולה להישקל בין מכלול השיקולים בהחלטה האם ראוי לאשר תובענה כייצוגית, החלטה שנתונה לשיקול דעתו של בית המשפט המוסמך (גם כאשר תנאי הסף לאישור תובענה כייצוגית מתקיימים).

20. עוד תחיד להלן היועצת המשפטית לממשלה, שהגם שלגישתה קיום מדיניות מכוונת אינו מוכר כתנאי סף לאישור תובענה כייצוגית, לשאלת קיומה או היעדרה של מדיניות כזו עשויות להיות השלכות על העמידה בתנאים אחרים הקבועים בחוק לאישור ניהול תובענה כייצוגית ובכלל זה קיומן של שאלות מהותיות משותפות לחברי הקבוצה, ושאלת היות התובענה הייצוגית הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. מובן, שכל מקרה ייבחן לגופו.

21. שאלה משפטית נוספת שהתעוררה בענייננו ואליה תידרש להלן היועצת המשפטית לממשלה נוגעת לסוגיית "גודל הקבוצה". במסגרת זאת עולה השאלה האם יש לדרוש כתנאי לאישור ניהול תובענה כייצוגית, שמדובר יהיה בהפרה שבוצעה כ-"תופעה רחבת היקף" כפי שקבע בית משפט קמא, והאם נדרש כי "אחוז ניכר ומשמעותי" מהיקף הפעילות לא יבוצע כדין, תופעה "הגדולה בהרבה מאחוז או שניים" כטענת המשיבה, או שמא די להראות "כי עניינו אינו מקרה פרטני וחד-פעמי, וכי קיימת לכאורה קבוצת נפגעים שנפגעו בדרך דומה", כטענת המערער.

22. לגישת היועצת המשפטית לממשלה, אף בעניין זה יש לאמץ גישה מאוזנת שתיתן מענה למכלול השיקולים הרלבנטיים.

החוק אינו קובע תנאי סף של גודל מסוים של קבוצה, לשם אישור ניהול תובענה כייצוגית. לגישת היועצת המשפטית לממשלה, אין מקום לדרישת סף קטגורית לגודל קבוצה מינימלי בכל מקרה ומקרה. קיימים מקרים שבהם עשויה לקום הצדקה לניהול תובענה כייצוגית, גם כאשר מדובר בקבוצה שאינה גדולה באופן יחסי, וזאת כאשר מדובר בהליך ראוי, שהמסגרת הדינית הייצוגית הולמת אותו, שעולות בו שאלות משותפות לחברי הקבוצה ולא מדובר בתקלות פרטניות במקרים בודדים, ובכפוף לקיום כל תנאי החוק כמובן.

23. עם זאת, גודל הקבוצה בוודאי עשוי להיות שיקול רלבנטי, כחלק ממכלול השיקולים לאישור תובענה כייצוגית, בהיבטים שונים שיפורטו ויחודדו להלן, ובין היתר בגדר התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק, שההליך הייצוגי יהיה

⁸ למען שלמות התמונה, היועצת המשפטית לממשלה תציין, שבעבר, בהליך בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 12478-08-12 רונן נ' חברת דואר ישראל בע"מ (נבו 11.12.2017), הוגשה עמדה קצרה מטעם משרד התקשורת, במסגרת בקשות לאישור ניהול תובענות כייצוגיות שעסקו, בין היתר, בעניין זמני שלילת דואר רגיל ודואר "אקספרס". ההליך לא עסק בעניין דואר רשום (כמו כן יצוין, שקודם לכן, הוגשה באותו הליך עמדה קצרה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, שאינה רלבנטית לענייננו). בעמדת משרד התקשורת שם נאמר, שהוראות החסינות יחולו גם על מקרה, שבו דבר הדואר לא נמסר כלל לתעודתו, וזאת בגדר "איחור במסירה" הקבוע בהוראת החסינות בסעיף 78 לחוק הדואר (נעם זאת, בעמדה הובהר, שכאשר אי המסירה נגרמה מאבדן או גניבה תהיה זכאות לפיצוי מוגבל עד כדי ערכו של דבר הדואר אך לא יותר מהסכום שקבע השר לאותו סוג של דבר דואר, והכל לפי הוראות סעיפים 77-81 לחוק הדואר על תנאיהם, ובכפוף להוראת ההתיישנות של שנה אחת הקבועה בסעיף 84 לחוק הדואר). עוד נאמר באותה עמדה, שהחסינות מפני חיוב בנזק שנגרם בשל איחור במסירה או אי מסירה נסבה אף על התשלום עבור משלוח דבר הדואר שלא בוצע (כלומר שהמשיבה פטורה גם מהשבת התשלום). יצוין, שבהחלטות שניתנו באותו הליך, לא הוכרעה סוגיית החסינות. מכל מקום, במסגרת ההליך הנוכחי, היועצת המשפטית לממשלה לא רואה להידרש לסוגיית החסינות ולא תביע כל עמדה ביחס לקביעות פסק הדין קמא וביחס לטענות הצדדים בעניינה.

הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.

24. היועצת המשפטית לממשלה גם תידרש להלן לשאלת פרשנות הוראות הרישיון החל על המשיבה. היועצת המשפטית לממשלה סבורה (והדברים משקפים גם את עמדת המאסדר) כי בעניין זה, **שגה בית משפט קמא**. בכל הכבוד, ולפי הפרשנות הנכונה ל-"תקני האיכות והשירות" הקבועים ברישיון, חלה על המשיבה חובה למסור לנמענים דברי דואר רשום ולהחתימם כדן, או לחלופין להותיר הודעה במענם על דבר דואר רשום שמצוי ביחידת הדואר,⁹ וזאת תוך 7 ימים לכל היותר, ב-100% מהמקרים, ולא די בביצוע הנדרש ב-90% מהמקרים בלבד, כפי שנקבע בפסק הדין.
25. כעת, תפרט היועצת המשפטית לממשלה את עמדתו בהרחבה.

ג. הוכחת קיום קבוצה כתנאי לאישור תובענה כייצוגית – כללי

26. כנקודת מוצא לבחינת השאלות המשפטיות העקרוניות והפרשניות שהתעוררו בהליך זה, בנוגע לדרישת החוק להוכחת קיומה של קבוצה כאחד התנאים לאישור ניהול תובענה כייצוגית, תעמוד תחילה היועצת המשפטית לממשלה על הוראות החוק בעניין, על גדריה ותכליתה של דרישה זו, ועל האיזונים שיש להציב בעניינה.
27. בסעיף 8(א) לחוק נקבעו התנאים לאישור ניהול תובענה כייצוגית. בין יתר התנאים, נדרש התנאי הבא (סעיף 8(א)(1) לחוק): **"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה"**.
28. הנטל להוכיח קיום תנאי זה, כמו את יתר התנאים הנקובים בסעיף 8(א) לחוק, מוטל על התובע המייצג: **"סעיף 8(א) לחוק... מורה אותנו מה הם תנאי הסף לאישור תובענה ייצוגית; ותנאי עיקרי הוא, ששומה על מי שמבקש לאשר תובענה כייצוגית, לשכנע בדבר קיומה של קבוצת אנשים שלהם עילת תביעה דומה לשלו...חשוב לומר, כי הנטל להראות כי קיימת קבוצה לכאורה רובץ על המבקש בבקשת האישור..."**¹⁰.
- ויוער, שהיועצת המשפטית לממשלה אינה נדרשת כאן לגישות השונות הקיימות בפסיקת בית המשפט הנכבד בשאלה, באילו מקרים יהיה מקום להעביר את נטל הבאת הראיות (בסוגיית קיום קבוצה) לנתבע, בשים לב לפערי המידע הקיימים בין הצדדים במקרים רבים.¹¹
29. כאשר מדובר ב-"תקלות נקודתיות" שהתרחשו במקרים בודדים, וכאשר לא קיימת קבוצה שנפגעה, בוודאי לא יהיה מקום לאישור ניהול תובענה כייצוגית. כך, מטבע הדברים, הליך ייצוגי נועד למקרים שבהם מדובר בפגיעה בקבוצת אנשים שעומדת להם עילת תביעה משותפת וניהול הליך ייצוגי יהיה הדרך היעילה וההוגנת להכריע בעניינם. כך גם מהטעם, שבמקרים רבים ובמיוחד במערכות גדולות, מניעה מוחלטת של טעויות אנוש היא כמעט בלתי אפשרית, ומכל מקום, דרישה ל-"אפס תקלות" תהיה כרוכה במקרים רבים במשאבים כלכליים בלתי סבירים (ראו עניין גרסט, סעיף 31). ראו והשוו תלמוד בבלי, מסכת מעילה, דף י"ד, ע"ב: **"לא ניתנה תורה למלאכי השרת"**. וכדברי כב' השופט סולברג בהקשר אחר: **"שגיאה היא דבר אנושי ואין ניתן להימנע ממנה כליל..."**¹².
- כך גם, ככלל, לא ניתן להניח באופן אוטומטי, שתקלה שנמצאה בעניינו של התובע, התרחשה בהכרח כלפי קבוצה שלמה, מבלי שהוצגו ראיות מתאימות לכך (והכל כמובן בהתאם לנסיבות המקרה): **"לא די בהנחה בעלמא לפיה טעות שאירעה בגבייה בעניינו של יחיד אירעה בוודאי אף בעניינם של אחרים, בכדי לאשר תובענה ייצוגית"** (עניין

⁹ כפי שיפורט להלן, בהתאם להוראות הרישיון, ניתן להשאיר הודעה כזו, בשיעור של עד 10 אחוזים מהמקרים (יצוין, כי סירוב נמען לקבלת דבר דואר רשום לא יחשב כמסירה ולא יחשב בסך דברי הדואר שנועדו למסירה במען).

¹⁰ רע"א 6594/19 בזק בינלאומי בע"מ נ' המועצה הישראלית לצרכנות, פסקה 3 (נבו 25.8.2020) (להלן: **"עניין בזק בינלאומי"**). כך נקבע גם בפסקי דין נוספים. ראו: עניין גרסט, פסקה 28; ע"א 7187/12 צמח נ' אל על, פסקה ע"ז (נבו 17.8.2014) (להלן: **"עניין צמח"**); ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פסקה 54 (נבו 31.5.2018) (להלן: **"עניין זליגמן"**); רע"א 7157/20 מעוף בדיקת ארנונה והיטלים עירוניים בע"מ נ' דואר ישראל בע"מ, פסקה 8 (נבו 21.10.2021) (להלן: **"עניין מעוף"**).

¹¹ בפסיקה קיימות גישות שונות ביחס לשאלה זו. ראו: עניין צמח, סעיפים פ"ג-פ"ו, ומנגד עניין גרסט, סעיפים 38-43, עניין בזק בינלאומי בפסקה 3, רע"א 4841/18 חברת פרטנר תקשורת בע"מ נ' כרמי פסקאות 15-16 (נבו 12.8.2019) (להלן: **"עניין כרמי"**). בהינתן ששאלה זו לא התעוררה בהליך דנן, הצדדים לא טענו בעניינה בהליך הערעור, והמשיבה אף הציגה בפועל את הנתונים שברשותה בנוגע להיקף התקלות בשליחת דואר רשום, כאמור, היועצת המשפטית לממשלה לא תידרש כאן לסוגיה זו.

¹² עע"מ 2638/12 רשות שדות התעופה בישראל נ' א.א. עינת מסעדות בע"מ פסקה 12 (נבו 19.7.2012).

- זליגמן, סעיף 54).¹³ בעניין זה תפנה היועצת המשפטית לממשלה גם לעניין **מרדכי לוי**, שם התגלו שני מקרים של טעויות בהתנהלות המדינה בסוגיית החזר אגרת משפט, שבשלב, אישר בית המשפט המחוזי ניהול תובענה כייצוגית נגד המדינה¹⁴ אולם בקשת רשות ערעור (והערעור גופו) שהגישה המדינה התקבלו בבית משפט זה, שהורה על דחיית בקשת האישור.¹⁵ היות שמדובר בפסק דין קצר (לנוכח הסכמת הצדדים שם על קבלת ערעור המדינה בהמלצת בית המשפט), נפנה גם לפרוטוקול הדיון בעניין **מרדכי לוי**, המבהיר את נימוקי בית משפט זה לקבלת הערעור: "**העניין של תובענות ייצוגיות... הוא לא להתלבש על טעויות כאלה ואחרות... בכל מערכת תהיה המתקדמת ביותר, אף מערכת לא חפה מטעויות**" (כב' השופטת חיות (כתוארה אז), עמוד 5 לפרוטוקול הדיון מיום 8.2.2016, שורות 21-18), והכל, כשמדובר בטעויות נקודתיות מעטות, שלא מבססות קיום קבוצה.¹⁶
30. על כן, **מחד גיסא**, אין מקום להגשת בקשת אישור ללא הצגת ראיות כלשהן המלמדות לכאורה על קיומה של קבוצת נפגעים, ולבקש לערוך "מקצה שיפורים" או שמא "מסע דיגי", לאחר הגשת בקשת האישור.¹⁷
31. יש לקחת בחשבון גם את המשמעות המשפטיות, הכספיות והציבוריות שכרוכות (מבחינת הנתבע, הציבור ומערכת בתי המשפט) בעצם הגשת בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית, בשמה של קבוצה. גם לאור כך נדרש התובע הייצוגי לעמוד בנטל ראיתי בסיסי להוכחת קיומה של קבוצה. ראו והשוו לדברי כב' השופט דנציגר בעניין **מגדל**:¹⁸ "**הקלה מעבר לנדרש באשר לרף הראיתי בו צריך לעמוד התובע הייצוגי עלולה לגרור תוצאות שלהן השלכות מערכתיות בלתי רצויות, הן על מערכת המשפט והן על המשק וחיי המסחר והכלכלה...**"¹⁹. אמנם הדברים מתייחסים שם לביסוס עילת התביעה, אך נראה שהם יפים גם לעניין הוכחת קיומה של קבוצה.
32. **מאידך גיסא**, תטען היועצת המשפטית לממשלה, **שאין להטיל נטל כבד מידי על התובע המייצג בעניין זה**, בהינתן פערי המידע שקיימים במקרים רבים בין התובע לנתבע²⁰ בהליכים ייצוגיים, וכאשר לא פעם, המידע האם מדובר בתקלה "נקודתית", או בתופעה רחבה מצוי בידי הנתבע ולא נגיש לתובע המייצג.²¹ על כן, **לא נכון לקבוע בעניין זה רף ראיתי מחמיר מידי**, שיחסום הגשת תובענות ייצוגיות ראויות שעשויות לקדם את האינטרס הציבורי.²²
- כך, למשל, נפסק כי "**אין מניעה על פניו כי המבקש המייצג ינסה לבסס קיומה של קבוצת נפגעים באמצעו הכלי הדיוני של גילוי ועיון במסמכים - כל עוד העמיד תשתית ראיתית ראשונית בנדון**" (עניין **כרמי**, פסקה 15), וזאת בהתאם להוראות תקנה 4 לתקנות תובענות ייצוגיות, הדורשות לשם מתן צו גילוי ועיון במסמכים במסגרת הדיון בבקשת האישור, "**תשתית ראיתית ראשונית**" בלבד, לגבי "**קיומם של התנאים הקבועים בסעיף 8(א) לחוק**".
- כן ראו בעניין **אולסייל**:²³ "**יש להישמר מפני הצבת דרישות מחמירות מדי לעניין מידת השכנוע בשלב האישור...** הקשחת תנאי הסף מקום בו התובענה הייצוגית מוצדקת על פניה ועוסקת בעניין בעל חשיבות ציבורית רחבה, תוביל לתוצאה בלתי רצויה לטעמי - תוצאה החוטאת לתכלית הצרכנית המונחת ביסוד חוק התובענות הייצוגיות...". אמנם, הדיון שם עסק באופן ישיר בסוגיית עילת התביעה, אולם כמצוטט, הדברים מתייחסים גם באופן כללי ל-"תנאי הסף" הקבועים בחוק, ודומה שהדברים יפים גם ביחס להוכחת קיומה של קבוצה.
-
- ¹³ ראו דברים דומים שנקבעו בעניין **בש"א** (מחוזי ת"א) 17027/01 **טרוים נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"מ תשס"ב(2) 654, 668 (2003) והובאו בהסכמה בפסק הדין של בית משפט זה בעניין **גרסט**, סעיף 28.
- ¹⁴ ראו: ת"צ (מינהליים ת"א) 18835-04-13 **לוי נ' מדינת ישראל** (נבו) 26.4.2015.
- ¹⁵ ראו: בר"ם 4131/15 **מדינת ישראל נ' לוי** (נבו) 8.2.2016 (להלן: "**עניין מרדכי לוי**").
- ¹⁶ כן ראו בדברי כב' השופטת חיות (כתוארה אז) שם, עמוד 2 לפרוטוקול, שורות 32-34. עוד ראו: עניין **בזק בינלאומי**, סעיף 3.
- ¹⁷ ראו: בר"ם 4303/12 **אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר**, פסקה 17 (נבו) 22.11.2012 (להלן: "**עניין אינסלר**"); עניין **מעוף**, בפסקאות 8-7.
- ¹⁸ רע"א 3489/09 **מגדל חברה לפיתוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ פ"ד סו(1) 633** (2013) (להלן: "**עניין מגדל**").
- ¹⁹ ראו גם דברים דומים של כבוד הנשיא (בדימוס) גרוניס בעניין רע"א 729/04 **מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ**, פסקה 10 (נבו) 26.4.2010.
- ²⁰ למען הדיוק, מדובר בשלב זה ב-"מבקש" ולא בתובע, ב-"משיב" ולא בנתבע (היות שניהול התובענה כייצוגית טרם אושר), אולם למען הנוחות ובהירות הניסוח והטיעון, נתייחס כאן ולהלן ל-"תובע" ו-"נתבע".
- ²¹ ראו גם: עניין **צמח**, פסקה ע"ט; עניין **גרסט**, פסקה 35; עניין **אינסלר**, פסקה 15.
- ²² ראו בהקשר זה גם בגישות השונות בין עניין **צמח** בפסקאות ע"ט-פ"ו, לבין עניין **גרסט**, בפסקאות 35-43, ביחס לשאלה באילו מקרים תקום הצדקה להעביר את נטל הבאת הראיות בעניין קיומה של קבוצה לידי הנתבע, בין היתר בשל פערי המידע בין התובע לנתבע. כאמור לעיל, היועצת המשפטית לממשלה לא תידרש כאן למחלוקת זו.
- ²³ ע"א 5378/11 **פרנק נ' אולסייל** (פורסם נבו) 22.9.2014, בסעיף 41 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל (להלן: "**עניין אולסייל**"). כב' השופטת ארבל הייתה בדעת מיעוט, אבל לא בעניין זה.

לסיכום, אין לוותר על הוכחת קיום קבוצה, שהיא "תנאי ליבתי" העומד ביסוד החוק, אלא הכוונה לכך, שלא נכון יהיה להציב רף ראייתי מחמיר מידי לעמידה בדרישה זו, שעלול לחסום הליכים ראויים, ובמיוחד במקרים שבהם על פני הדברים מדובר בתביעות ראיות, בעלות חשיבות ציבורית.²⁴ כמו כן, ראו דברים דומים בעניין צמח, בפסקה פ"ו (בהקשר של הוכחת קיום קבוצה), שעל בתי המשפט להיזהר מקביעת נטל ראייתי כזה "שיהפוך הליך זה לאות מתה", ובהינתן כי "נודעת חשיבות רבה לתובענה הייצוגית הצרכנית בהגנה על הצרכן". כן ראו שם בפסקה ע"ט.

33. על כן, לגישת היועצת המשפטית לממשלה, בהכרעה בדבר הוכחת קיומה של קבוצה יש לאזן בין מכלול השיקולים הנוגעים לעניין, תוך מתן משקל גם לנסיבות הקונקרטיות של ההליך הפרטני.²⁵ בכלל זה, בין היתר: החשיבות הציבורית של ההליך, פערי המידע בין הצדדים, נגישותן של ראיות פוטנציאליות עבור התובע המייצג, טיבן ואיכותן של הראיות לקיום קבוצה שהוגשו על ידי התובע המייצג, ביסוסה של העילה האישית, הראיות שהוגשו בהליך על ידי הנתבע (בכלל ובסוגיית קיום קבוצה) וטענותיו, התאמתו של ההליך הייצוגי באופן יעיל והוגן לבירור המחלוקת ועוד. לאחר שקילת מכלול השיקולים והנסיבות יכריע בית המשפט כחכמתו האם בנסיבות העניין עולה, שקיימות שאלות משותפות לקבוצת אנשים שנפגעה על ידי הנתבע, באופן המצדיק הגשת תובענה ייצוגית (וזאת, כמובן, לצד עמידה ביתר תנאי החוק ובראשם שקיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה).

34. האיזון הנדרש שפורט והובהר, יפה לא רק לבחינת הוכחת קיומה של קבוצה בהליך קונקרטי כזה או אחר, אלא יפה גם לשאלות משפטיות פרשניות כלליות הנוגעות לדרישת החוק להוכיח קיומה של קבוצה, במובן זה, שהאיזון הנדרש כמפורט לעיל, צריך להיות נקודת המוצא לבחינת השאלות המשפטיות הללו. כך בכלל, וכך גם ביחס לשאלות המשפטיות שהתעוררו בהליך שבכתרת, אליהן תיגדרש היועצת המשפטית לממשלה כעת.

ד. האם נדרשת מדיניות מכוונת של הנתבע כלפי ההתנהלות נושא בקשת האישור, כתנאי לאישור

ניהול תובענה כייצוגית?

11. אין מקום לדרישת תנאי סף לקיומה של מדיניות מכוונת מצד הנתבע, כתנאי מחייב וקטגורי

לאישור ניהול תובענה כייצוגית

35. בעניין גרסט, עמד בית המשפט הנכבד (בפסקה 31 לפסק דינו) על האבחנה בין מקרים שבהם מתקיימת "מדיניות מפרה" לבין מקרים של "טעויות נקודתיות" ועל הקשיים, ככלל, באישור ניהול תובענה כייצוגית במקרים שבהם לא מדובר במדיניות מפרה. זאת, הגם שהודגש כי: "בית המשפט המחוזי²⁶ לא קבע כעניין קטגורי כי טענה בדבר טעויות נקודתיות פסולה מלבוא בקהלן של תובענות ייצוגיות", אלא שיש לבחון שלושה היבטים בעניין (האם יידרש בירור עובדתי פרטני בעניינו של כל חבר קבוצה; האם יש תועלת כלכלית באכיפת עוסק למנוע תקלות שכאלה; האם יש חלופות דיוניות אחרות להליך ייצוגי). בית משפט זה המשיך וקבע (שם, בפסקה 33): "תמים דעים אני עם בית המשפט המחוזי כי הכלל הוא שאין להתיר ניהול תובענה ייצוגית כאשר התשתית הראייתית מצביעה על כך שמדובר בטעויות נקודתיות גרידא. שלושת השיקולים שהעלה בית המשפט המחוזי נכוחים..." אם כן, נקבע, שככלל אין לאשר תובענה כייצוגית אם לא מדובר ב-"מדיניות מפרה", הגם שיש לכך חריגים, בהתחשב בשלושת סוגי השיקולים שצוינו בהחלטת בית המשפט המחוזי שם, והתקבלו גם על דעת בית משפט זה.

36. אולם, יש לדייק היטב בדברים שנאמרו שם בעניין גרסט, ובהגדרה ל-"מדיניות מפרה", אליה כיוון בית המשפט. ראו שם, בפסקה 29 לפסק הדין: "ודוק: כאשר אנו עוסקים ב'מדיניות מפרה', אין הכוונה בהכרח למדיניות מכוונת. גם כאשר עוסק מתנהל בטעות או ברשלנות בניגוד לדיון, אך מדובר בהתנהלות כללית, ניתן לעתים לעמוד בנקל על קיומה של קבוצה. אולם כאשר מבקש טוען כי העוסק שגה באופן שבו נהג כלפיו

²⁴ כן ראו בעניין מגדל, בפסק דינו של כב' השופט דנציגר שציין (בנוגע לעילת התביעה): "רף הוכחה גבוה מידי... עלול להביא לכרסום באפקטיביות של כלי התובענה הייצוגית". כאמור, נראה שהדברים יפים גם ביחס להוכחת קיום קבוצה.

²⁵ ראו והשוו גם לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז בעניין מגדל, בפסקה 59, לגבי הרף להוכחת עילת התביעה בשלב האישור, תוך בחינת הקשיים העומדים לפני התובע המייצג, בכל מקרה ומקרה.

²⁶ הכוונה להחלטת כב' השופט גרוסקופף בשבתו כשופט בבית המשפט המחוזי, בהליך מושא ההליך הערעורי בעניין גרסט (ת"צ (מחוזי מר') 30759-02-13 גרסט נ' נטוויז'ן (נבו 19.1.2017)).

– למשל, שנציג שירות פירש את דבריו שלא כהלכה – ניכר הקושי בהוכחת קיומה של קבוצת נפגעים".
רוצה לומר, לא קיימת דרישה של מעין "יסוד נפשי" של כוונה להפרת הדין כתנאי לאישור ניהול תובענה כייצוגית.
ניתן בהחלט לאשר ניהול תובענה כייצוגית, גם אם מדובר בהתנהלות הנוגדת את הדין, שנובעת מטעות או מרשלנות, ובלבד שקיימת קבוצת נפגעים מהתנהלות הנתבעת, שמתעוררות בעניינם שאלות מהותיות משותפות שיהיה יעיל לבררן במסגרת הליך ייצוגי (ראו שם, פסקאות 30-34).

37. אך לאחרונה, נדרש בית משפט זה לשאלה האם יש מקום לאישור ניהול תובענה כייצוגית במקרים שבהם הנזק לקבוצה נגרם כתוצאה מרשלנות העוסק ולא מהתנהלות מכוונת. בעניין הנסיך,²⁷ התייחס בית המשפט הנכבד להחלטתו של בית המשפט המחוזי באותו עניין²⁸ שם נקבע כי כעניין של מדיניות משפטית ראויה, תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה באירוע רשלני נקודתי, כשלא מדובר בהתנהלות שיטתית או מכוונת. בית משפט זה דחה גישה זו של בית המשפט המחוזי, קיבל את בקשת רשות הערעור (ואת הערעור גופו) וקבע שלא נכון לקבוע כלל כזה, אלא יש לבחון את מכלול הנסיבות והשיקולים במסגרת ההחלטה האם לאשר את ניהול התובענה כייצוגית, ובכלל זה השיקולים הנוגעים למהות ההפרה, תדירותה, ותום ליבו של הנתבע, אך ללא קביעת כלל, לפיו דרך המלך היא לדחות הליך ייצוגי רק בשל העובדה שמדובר בהתנהלות שלא הייתה מכוונת: "איני שותפה לעמדת בית המשפט המחוזי שלפיה ככלל אין מקום לאשר תובענה ייצוגית בנסיבות כגון אלה...מקובלת עלי עמדת היועמ"ש כי שיקולים שעניינם אופי ההפרה, מהותה ותדירותה, התנהלות טחינה הנסיך, תום ליבה... הם שיקולים רלבנטיים שעל בית המשפט לשקול בגדר הפעלת שיקול דעתו בעת שמונחת לפתחו בקשה לאישור תובענה כייצוגית... כל זאת מתוך מתן הדעת לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה לגופו..." (שם, סעיף 27).

38. על כן, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שבהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד (לרבות בעניין גרסט), אין להציב "תנאי סף" לאישור תובענה כייצוגית, בדבר מדיניות מכוונת של הנתבע, או בדבר קיום "התנהלות שיטתית" המנוגדת לדין. אף בחוק לא נקבע תנאי שכזה. לפיכך, גם כאשר מדובר בהתנהלות לא מכוונת, המנוגדת לדין, הנובעת מרשלנות או מטעות, ניתן, באופן עקרוני לאשר ניהול תובענה כייצוגית. ובלבד, כמובן, שמתקיימים כלל תנאי החוק לאישור ניהול תובענה כייצוגית ובכלל זה, שקיימת קבוצת נפגעים שמתעוררות בעניינם שאלות מהותיות משותפות ושההליך הייצוגי הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. כך ראוי, מבחינת תכליות דיני הנזיקין ודיני התובענות הייצוגיות כאחד. היועצת המשפטית לממשלה תפנה בנדון גם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז שהוגשה לבית המשפט הנכבד בעניין הנסיך (וכאמור פסק דינו של בית המשפט הנכבד שם קיבל עמדה זו):

"אין מקום לקבוע... שככלל, לא יהיה מקום לאשר תובענה ייצוגית בגין רשלנות עוסק שגרמה לנזקים לחברי הקבוצה, ואף אם לא מדובר בהתנהלות מכוונת או שיטתית, אלא "רק" ברשלנות שגרמה לנזקים לקבוצה... הכלל שקבע בית משפט קמא אינו מתיישב, בכל הכבוד, עם תכליות דיני הנזיקין ודיני התובענות הייצוגיות כאחד. מבחינת תכליות דיני הנזיקין והרשלנות, הרי שמהות עוולת הרשלנות... להקים אחריות למעוול גם כאשר לא מדובר בהתנהלות מכוונת או שיטתית, אלא באדם שלא עמד בנורמת ההתנהלות שהייתה מצופה ממנו... גם תכליות דיני התובענות הייצוגיות אינן מתיישבות עם הכלל שקבע בית משפט קמא הנכבד... תכליות אלה כולן מתקיימות גם בנוגע לעוולת הרשלנות. היועץ המשפטי לממשלה אינו רואה כל טעם בכך, שקבוצה שנפגעה כתוצאה מרשלנות עוסק, באופן שהליך תביעה פרטנית אינו יעיל ומעשי בנסיבות העניין, לא תוכל לקבל סעד במסגרת תובענה ייצוגית, באופן שיביא למתן סעד הולם לנפגעים ולהרתעה ראויה (שהיא גם מתכליות דיני הנזיקין). כמובן, שבית המשפט יוכל לשקול את העובדה שלא מדובר בהתנהלות מכוונת של העוסק, ולתת לכך משקל כאשר הוא יבחן את מכלול הנסיבות הפרטניות של המקרה... אולם, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שלא נכון יהיה לקבוע כלל לפיו דרך המלך היא שלא לאשר תובענה ייצוגית בעילת הרשלנות. אדרבה, כאשר עילת התביעה הוכחה וכאשר מכלול הנסיבות מצדיק את אישור התובענה, דרך המלך תהיה לאשר את התובענה הייצוגית, גם כאשר לא מדובר בהתנהלות מכוונת של העוסק" (סעיפים 44-47 לעמדה).

²⁷ רע"א 2298/19 פינצ'בסקי נ' הנסיך (נבו 4.8.2021) (להלן: "עניין הנסיך").

²⁸ ת"צ (מחוזי ת"א) 32117-08-16 פינצ'בסקי נ' הנסיך (נבו 26.2.2019).

39. עמדת היועצת המשפטית לממשלה לפיה אין מקום לדרישה קטגורית למדיניות מכוונת של הנתבע דווקא, לשם אישור תובענה כייצוגית, מבוססת גם על העקרונות שפורטו בפרק הקודם. כאמור שם, מצד אחד על התובע המייצג להוכיח שקיימת קבוצת נפגעים שמתעוררות בעניינם שאלות מהותיות משותפות, ולא ניתן לאשר ניהול תובענה כייצוגית מבלי שהתובע המייצג יעמוד בנטל זה. מצד שני, אין להטיל על התובע המייצג נטל כבד מידי, באופן שיחסום תובענות ייצוגיות ראויות שעשויות לקדם את האינטרס הציבורי, בשים לב, בין היתר, לפערי המידע בין הצדדים. על כן, נדרש ליצור איזון בין השיקולים הנוגדים, בהתאם למכלול השיקולים ואמות המידה שפורטו בפרק הקודם.

היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שדרישת מדיניות מכוונת של הנתבע (ביחס להתנהלות שנטען בהליך ייצוגי שמקימה לחברי הקבוצה עילה נגד הנתבע), כתנאי לאישור ניהול תובענה כייצוגית מפרה את האיזון הנדרש. כך מהטעם, שבמקרים המתאימים תכליות מוסד התובענה הייצוגית עשויים לתמוך באישור תובענה כייצוגית גם כאשר לא מדובר במדיניות מכוונת של הנתבע כלפי ההתנהלות הנתקפת בהליך הייצוגי, כמפורט לעיל, ובהינתן שהדבר עשוי לקדם את טובת הקבוצה ואת האינטרס הציבורי הרחב. כך, גם מהטעם שבאופן מעשי, קביעת דרישה שכזו עלולה לחסום במקרים לא מעטים תובענות ייצוגיות ראויות. זאת, במיוחד, בהינתן פערי המידע בין התובע המייצג לנתבע, וכאשר לרוב, המידע הנוגע לשאלה האם מדובר במדיניות מכוונת מצוי בידי הנתבע ולא בהכרח נגיש לתובע המייצג. ראו בפסקה 15 לפסק הדין בעניין אינסלר :

"בתובענה ייצוגית, המידע שבידי התובע תחום בדרך כלל בדל"ת אמותיו של המקרה הקונקרטי שלו. ככלל, אין בידי מידע מקיף ומהימן בשאלה אם הגורם הנתבע פועל באופן זה ביחס לכל חברי הקבוצה, כמה זמן הוא נוהג כך, מה גודלה של הקבוצה ומהם הטעמים שבעטיים הוא פעל כפי שפעל... פשיטא: כשמדובר בתובענה ייצוגית מצוי עיקר המידע הרלוונטי בידי הגורם הנתבע". כן ראו בעניין צמח, סעיף ע"ט: **"אכן, ככלל, מצוי התובע הייצוגי בעמדת נחיתות מובנית, ובפרט כאשר עליו להוכיח קיומה של קבוצה".** וכן שם, בסעיף פ"ו (בהקשר של הוכחת קיום קבוצה), מובהר שעל בתי המשפט להיזהר מקביעת נטל ראייתי כזה **"שיהפוך הליך זה לאות מתה"**, ובהינתן כי **"נודעת חשיבות רבה לתובענה הייצוגית הצרכנית בהגנה על הצרכן"**. גם בעניין גרסט עמד בית משפט זה על פערי המידע בהקשר של הוכחת קיומה של קבוצה :

"פערי המידע בין הצדדים להליך של תובענה ייצוגית צרכנית, מקשים עד מאד על המבקש להוכיח את הטעון הוכחה. פעמים רבות יכול מבקש להוכיח כי נציג שירות פלוני נהג עמו שלא כדין, ואילו החברה הנתבעת תטען מצדה כי אמנם נפלה שגגה בפועלו של הנציג, אך מדובר ב'טעות נקודתית' בלבד. קיים קושי בלתי מבוטל להפריך טענה זו, ולהוכיח כי ברקע הדברים עומדת מדיניות מכוונת, או שהטעות הזו אינה נקודתית אלא שיטתית, כפועל יוצא מהתנהלות מעוולת. קושי זה עלול לתמרץ חברות מעוולות 'להסתתר' מאחורי טענת הטעות הנקודתית..." (פסקה 35).

אמנם, בית המשפט שם קבע, שחרף הקושי האמור, בדרך כלל, הנטל להוכיח קיום קבוצה עדיין יוטל על התובע המייצג ואם לא יעמוד בו, **"ייגזר דינה של הבקשה- לשבט"** (שם, פסקה 43. ראו שם גם בפסקה 28).²⁹ מכל מקום, בעניין גרסט לא נקבע, שתנאי לאישור תובענה כייצוגית הוא קיומה של מדיניות מכוונת להתנהלות הנתקפת בהליך ואף נקבע מפורשות (שם, בסעיף 29), שגם הפרה שנובעת מטעות או רשלנות עשויה להצדיק במקרים המתאימים תובענה ייצוגית. דומה, שהצבת דרישה שכזו תפר את האיזון הראוי הנדרש, ועלולה לחסום תובענות ייצוגיות ראויות,³⁰ בהינתן שלרוב, הראיות על כוונותיו ומדיניותו של העוסק מצויות בידו ולא בידי התובע, כאמור. הרי, שלגישת היועצת המשפטית לממשלה, אין לקבל את עמדת המשיבה לפיה, יהיה מקום לאישור ניהול תובענה כייצוגית נגדה (גם כשקיימת עילת תביעה לכאורית) רק במקרים שבהם "דואר ישראל כעניין של מדיניות לא מבצע

²⁹ כאמור לעיל, היועצת המשפטית לממשלה אינה נדרשת כאן למחלוקת בפסיקה, באילו מקרים יהיה מקום להעביר את נטל הבאת הראיות לנתבע.

³⁰ ראו בעניין זה גם בפרוטוקול הדיון בערעור בכותרת, מיום 11.4.2021, עמוד 4, שורה 34, שם התייחס כב' השופט שטיין לטענת המשיבה לפיה נדרשת מדיניות מכוונת כתנאי סף לאישור התובענה כייצוגית: **"אם כך, זה מאוד צר"**.

ניסיונות מסירה... במשך פרק זמן כזה או אחר (פרוטוקול הדיון מיום 11.4.2021, עמוד 4). הפסיקה, כמו גם שיקולי מדיניות ושיקולים תכליתיים לא תומכים בגישה זו, **ואין מקום לשלילה קטגורית של מתן אישור לניהול תובענה כייצוגית רק מחמת היעדר מדיניות מכוונת של הנתבע.**

2ד. לשאלת קיומה של מדיניות מכוונת מצד הנתבע עשוי להיות משקל כחלק ממכלול השיקולים לאישור ניהול תובענה כייצוגית

41. לצד האמור, יש מקום לשקול את העובדה שמדובר במדיניות שאינה מכוונת, כחלק ממכלול השיקולים בדבר אישור תובענה כייצוגית.³¹

42. היועצת המשפטית לממשלה תטעים בעניין זה, כי בסעיף 8(א) לחוק הוענק לבית המשפט המוסמך שיקול דעת האם לאשר ניהול תובענה כייצוגית, אם לאו, אף אם התנאים הנקובים בסעיף לאישור ניהול תובענה כייצוגית מתקיימים: **"בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אם מצא שהתקיימו כל אלה..."**, כפי שהוטעם בעניין פרינר:³²

"גם במקרים שבהם מתקיימים כל התנאים הקבועים בסעיפים קטנים (1) עד (4) לסעיף 8(א) לחוק, עדיין נותר לבית המשפט מרחב שיקול דעת, והוא רשאי שלא לאשר את התובענה כייצוגית, אם מצא טעם ראוי לכך".³³

על כן, במסגרת בחינת מכלול נסיבות העניין והשיקולים הרלבנטיים, על בית המשפט לשקול בין היתר את השאלה האם מדובר במדיניות מכוונת של הנתבע, או בהפרה שנבעה מטעות לא מכוונת, כאשר בסופו של דבר ההכרעה בדבר אישור תובענה כייצוגית תינתן, בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט על בסיס מכלול השיקולים הרלבנטיים והנסיבות הפרטניות (עניין הנסיד, סעיף 27 לפסק הדין).

3ד. לשאלת קיומה של מדיניות מכוונת עשויות להיות השלכות על העמידה בתנאים הקבועים בחוק לאישור ניהול תובענה כייצוגית

43. עוד תבהיר היועצת המשפטית לממשלה, כי קיומה (או היעדרה) של מדיניות מכוונת מצד הנתבע עשוי להשפיע, במקרים מסוימים, גם על קיומם של התנאים המפורשים בחוק לאישור ניהול תובענה כייצוגית, שהם **תנאי סף הכרחיים** שלא ניתן לאשר ניהול תובענה כייצוגית כאשר אינם מתקיימים. הכוונה היא, הן לתנאי שפורט לעיל כי **"התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה..."** (סעיף 8(א)(1) לחוק) והן לתנאי כי **"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"**³⁴ (סעיף 8(א)(2) לחוק).

44. בנוגע להשפעת קיומה של מדיניות מכוונת על קיום התנאי הנוגע לקיומן של שאלות מהותיות משותפות לקבוצה, ראו בעניין גרסט, פסקה 29: **"ניכר הפער שבין טענה על אודות מדיניות או אופן התנהלות שנוקט בה עוסק, שיש בה משום הפרת הדין, לבין טענה על כך שהוא מרבה לטעות, באופן נקודתי, ובכך מפר את הדין. טענה מן הסוג הראשון, אם היא מוכחת כדבעי, הריהי מבססת מיניה וביה קיומה של קבוצת נפגעים – הלא היא כל הצרכנים שכלפיהם הופעלה המדיניות האמור".** כמו כן ראו בעניין כרמי, בפסקה 15: **"מדיניות מפרה מבססת כשלעצמה קיומה של קבוצה".** רוצה לומר: כאשר הפרת הדין והנזק שנגרם לחברי הקבוצה נובעים ממדיניות כללית של הנתבע, אין ספק שקיימת קבוצה, שהרי הנתבע עצמו מודה שהוא נקט במדיניות האמורה באופן כללי כלפי הציבור הרלבנטי לעניין. לעומת זאת, כאשר מדובר בתקלות שלא היו פרי

³¹ כך עולה אף מפסק דינו של כב' השופט מלצר בעניין דני"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו) 4.7.2021, בפסקאות 158, 160 לפסק דינו (להלן: **"דני"א זליגמן"**).

³² ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר פ"ד סז(1) 410, בסעיף 76 לפסק הדין של כב' השופט מלצר (4.9.2014). (להלן: **"עניין פרינר"**).

³³ בעניין זה ראו גם: עניין הנסיד, סעיף 27 לפסק הדין; ע"א 6007/21 מסאלחה נ' עיריית עפולה, פסקאות 8-9 (נבו) 26.12.2021; דני"א זליגמן, בפסקה 160 לפסק דינו של כב' השופט מלצר.

³⁴ להלן גם: **"תנאי היעילות וההוגנות"**.

מדיניות מכוונת, הוכחת קיום קבוצה היא מורכבת יותר. משכך, באופן מעשי, לשאלת קיומה של מדיניות מכוונת מצד הנתבע, עשויה להיות השפעה על האפשרות להוכיח את קיומה של קבוצת נפגעים.

45. זאת ועוד: גם כאשר יצליח תובע מייצג להוכיח קיומן של שאלות מהותיות משותפות לקבוצת נפגעים, לא די בכך, שהרי נדרש גם להראות את חלקן המרכזי של שאלות אלה במחלוקות שבין הצדדים, ואילו כאשר קיימות שאלות פרטניות משמעותיות שדורשות בירור פרטני בנוגע לכל חבר קבוצה, התנאי בדבר קיום שאלות משותפות "מהותיות" לא יתקיים, גם אם קיימות שאלות מסוימות משותפות. ראו בעניין רזניק,³⁵ פסקאות 25-27: "לא נדרש שכל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לחברי הקבוצה. די בכך שיש שאלות משותפות של עובדה או משפט שהן "מהותיות" ... אף שאין זה מן ההכרח כי כל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לכל חברי הקבוצה, אין פירוש הדבר כי אם קיימות שאלות משותפות ניתן לאשר את התובענה כייצוגית, יהיו אשר יהיו השאלות האינדיווידואליות המתעוררות בגדרה. הקביעה אם השאלות המשותפות הינן "מהותיות" ... נגזרת גם מבחינת ביחס לשאלות שאינן משותפות... נראה, כי יש ליתן משקל בעניין זה לשאלה מה היקפם של הנושאים הפרטניים לעומת הנושאים המשותפים"...³⁶

46. מכל מקום, גם בהיבט זה של דרישת החוק לקיום שאלות משותפות מהותיות לחברי הקבוצה העומדות במוקד ההליך, עשויות להיות השלכות לשאלת קיומה של מדיניות מכוונת מצד הנתבע. כאשר קיימת מדיניות כזו, הרי שבמקרים רבים, הדיון במדיניות זו ובשאלת חוקיותה יעמוד במוקד ההליך, כשאלה המשותפת לחברי הקבוצה, ויתאים למסגרת של תובענה ייצוגית. לעומת זאת, כאשר מדובר באוסף של תקלות וטעויות, הרי שגם אם קיימת קבוצה של נפגעים מטעויות אלו וגם אם קיימות שאלות מסוימות משותפות לחברי הקבוצה, יש צורך לבחון האם הדיון בעניין לא ידרוש בירור פרטני של נסיבותיה כל תקלה ביחס לכל חבר קבוצה, באופן שאינו מקיים את התנאי בדבר קיום שאלות משותפות מהותיות לחברי הקבוצה, העומדות במוקד ההליך. ראו בעניין גרסט, בסעיף 30: "הפער בין מדיניות מפרה לבין טעות נקודתית אינו מסתכם בעצם קיומה של קבוצה. גם אם יצליח המבקש להוכיח, כי קיימים אנשים רבים הטוענים כלפי העוסק כי שגה בהבנת דבריהם, הרי שלא די בכך. על המבקש להראות כי מתעוררות לגבי קבוצה זו שאלות משותפות, וכי יהא זה יעיל והוגן לנהל את הדיון בקשר לשאלות אלו באמצעות תובענה ייצוגית. גם בקשר למשוכה זו, יש להבחין בין מדיניות מפרה לבין טעויות נקודתיות... מכיוון שמדובר בטעות, יתכן שיתעורר צורך לבחון, במישור העובדתי, את התנהלות נציג השירות בכל אחד ואחד מאלף המקרים. במצב זה אמנם מדובר בעילה משותפת לקבוצה גדולה, אולם יתכן שלא יהא זה מוצדק לנהל הליך ייצוגי בעניינם, שעה שהליך זה לא יהא אלא ריכוז של אלף הליכים פרטניים."

ובעניין בן כנען, בסעיף 32: ³⁷

"השאלה האם העירייה פעלה באופן שיטתי בהתאם להחלטת מדיניות רוחבית... עשויה להשליך על שאלת התאמתה של התביעה לבירור בדרך של תביעה ייצוגית, ועל שאלת השונויות הרלוונטיות בין חברי הקבוצה... באותם מקרים בהם הנתבע פועל באופן שיטתי ודומה ביחס לכלל חברי הקבוצה, קל יהיה יותר לבית-המשפט לקבוע כי ישנן די שאלות המשותפות לכלל חברי הקבוצה כדי לאפשר לדון בתביעה בדרך הייצוגית, ולהיפך."

³⁵ ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים (נבו 20.7.2010) (להלן: "עניין רזניק").
³⁶ ראו דברים דומים גם בעניין ע"א 2718/09 גדיש קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (נבו 28.5.2012) (להלן: "עניין גדיש"), בפסקה 35. עוד ראו: ת"צ (מינהלים ת"א) 17506-08-14 בן כנען נ' עיריית רמת השרון, בפסקה 47 (נבו 19.4.2015) (להלן: "עניין בן כנען"); רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש פ"ד נה(5) 276, 297 (2001); ע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש בפסקה 4 לפסק דינה של כבי השופטת ברק ארז (נבו 5.11.2015) (להלן: "עניין דבוש").

אמנם, ראו מנגד בעמדתו של כבי השופט ריבלין בעניין רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקאות 10-11 לפסק דינו (נבו 5.7.2012) (להלן: "עניין עמוסי"), הסבור שלשם עמידה בתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק בנוגע לקיום שאלות משותפות לחברי הקבוצה די בקיום שאלות משותפות כלשהן. ראו גם בעניין אולסייל, בפסקאות 75-77 לפסק דינה של כבי השופטת ארבל, שעמדה על המחלוקת בפסיקה בעניין זה. עוד ראו: אביאל פלינט חגי ויניצקי תובענות ייצוגיות 157, 210-211 (2017), (להלן: "פלינט, ויניצקי"). מכל מקום, גם לגישתו של כבי השופט ריבלין, יש משקל רב, לשאלת היקפן של השאלות המשותפות אל מול השאלות הפרטניות, בגדר סעיף 8(א)(2) לחוק בנוגע לדרישת היעילות וההוגנות, כדלהלן.

³⁷ עוד ראו בעניין כרמי, פסקה 15.

47. נוסף על כך, שאלת קיומה של מדיניות מכוונת מצד הנתבע, עשויה להשפיע גם על קיום התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק (כתנאי לאישור תובענה כייצוגית): **"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין"**. תנאי זה הוא תנאי נפרד מהתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק בדבר קיום שאלות המשותפות לחברי הקבוצה שנדון לעיל. ראו בסעיף 77 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל בעניין **אולסייל** (בדעת מיעוט, אבל לא בעניין זה): **"חשוב להבהיר כי לא מדובר בתנאים זהים. יתכן מצב שבו תהיינה שאלות משותפות אך לא יהיה זה יעיל או הוגן להכריע במחלוקת בדרך של תובענה ייצוגית"**. עם זאת, כפי שעולה מהדברים שם, קיימת זיקה בין התנאי הנוגע לקיום שאלות מהותיות המשותפות לחברי הקבוצה, לתנאי הנוגע להיות ההליך הייצוגי הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת. ראו בעניין **רכבת ישראל**:³⁸ **"תנאי אחד לאישור תובענה ייצוגית הוא 'השותפות בקבוצה' ותנאי נוסף הוא 'התאמת המסגרת למחלוקת'... אמנם אלה שני תנאים נפרדים אך התשתית העובדתית של המבחן האחד עשויה להשפיע על המבחן האחר"**.³⁹
48. בגדר תנאי היעילות וההוגנות, על בית המשפט לבחון (גם במקרים שבהם קיימת קבוצת נפגעים וקיימות שאלות משותפות בעניינם), בין היתר, האם משקלן של השאלות המשותפות אל מול השאלות הפרטניות, מצדיק הליך ייצוגי. כך נאמר בדברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות,⁴⁰ בהתייחס לתנאי היעילות וההוגנות: **"מטרת הדרישה המופיעה בפסקה זו היא לשקף את מטרת החוק, לסייע לניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות ואת אופיו של מכשיר התובענות הייצוגיות. כך, למשל, יכול בית המשפט להביא בחשבון את... היקף השאלות המשותפות לחברי הקבוצה, לעומת היקף השאלות שאינן משותפות לחברי הקבוצה..."**.
- ראו גם בדברי כב' השופט ריבלין בעניין **עמוסי**, בפסקה 19: **"אחד השיקולים המרכזיים בבחינת יעילות והגינות השימוש בתובענה ייצוגית הוא המידה שבה ההכרעה בשאלות המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים תסייע לפתרון הסכסוך האינדיבידואלי שבין כל אחד מהם לבין הנתבע. ככל שיימצא כי... נותרו שאלות אינדיבידואליות רבות, היעילות וההגינות הנלוות לדיון בדרך של תובענה ייצוגית, תפחתנה"**. וכן ראו בפסקה 27 לפסק הדין בעניין **רזניק**: **"ישנם מקרים בהם אין מנוס מאי מתן אישור לניהול תובענה ייצוגית, וזאת בשל קיומם של נושאים אינדיבידואליים המבחינים בין חברי הקבוצה. נסתפק בכך שנגדיר את המצב בו אין ספק, כי לא ניתן לאשר תובענה ייצוגית. כאשר בגדר התובענה הייצוגית או לאחריה יהיה צורך לקיים חקירה פרטנית בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה"**. כן ראו פלינט, ויניצקי, 210-211.
49. ברי כי קיומה של מדיניות מכוונת מצד הנתבע עשויה להשפיע גם על העמידה בתנאי היעילות וההוגנות, שהרי כאשר קיימת מדיניות כזו (שננקטה כלפי קבוצה של נפגעים) וכאשר היא העומדת במוקד ההליך, פעמים רבות, ההליך הייצוגי יהיה ההליך היעיל וההוגן לבחון את טענות קבוצת הנפגעים כנגד מדיניות כללית זו. לעומת זאת, כאשר מדובר באוסף של "תקלות" לא מכוונות, הוכחת העמידה בתנאי היעילות וההוגנות עשויה להיות מורכבת יותר, והתובע יידרש להראות שמשקלן של השאלות הפרטניות המתעוררות בעניין אינו עולה על משקלה של השאלה המשותפת, באופן שההליך הייצוגי לא יהיה יעיל והוגן לבירור המחלוקת, וזאת, למשל, במקרים שבהם יידרש בירור פרטני של נסיבותיו של כל חבר קבוצה.
50. בנוסף, בגדרה של דרישת היעילות וההוגנות, **"ניתן להתחשב גם בשיקולים הנובעים מנקודת מבט חברתית ולשאל האם יש בהגשת תובענה ייצוגית, בנסיבות, תועלת וחשיבות חברתית"** (דני"א זליגמן, פסקה 158 לפסק דינו של כב' השופט מלצר) ובהיבט זה, ניתן לתת משקל מסוים, בין היתר, לשאלה **"האם ההפרה הנטענת... היא מכוונת או שמא נעשתה ברשלנות"** (שם).
51. מכל מקום, בהחלט ייתכנו מקרים שבהם תנאי החוק לאישור תובענה כייצוגית מתקיימים, אף אם לא התקיימה מדיניות מכוונת מצד הנתבע כלפי ההתנהלות הנתקפת בהליך, כאשר השאלות המשותפות הן השאלות המרכזיות העומדות לדיון וכאשר לשם בירור העילה המשפטית ומתן סעד לקבוצה לא נדרש יהיה לערוך בירורים פרטניים

³⁸ ע"א 9494/08 פ' נ' **רכבת ישראל**, פסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט הנדל (נבו 27.6.2013).

³⁹ ראו גם בעניין **רזניק**, בפסקה 27, שם עמד בית המשפט הנכבד על הזיקה המהותית בין שני התנאים.

⁴⁰ הצעת חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006, ה"ח ממשלה 234, 26.1.2006, 255, 263.

הנוגעים לכל חבר קבוצה. כאמור, תובנה ומסקנה זו עולה מעניין גרסט עצמו, כמו גם מפסיקה נוספת שהובאה לעיל. ראו בהקשר זה גם בעניין **בן כנען**, בפסקה 35:

"אני סבורה כי המבקש אישור של תביעה ייצוגית, אינו חייב בהכרח להוכיח general policy – כלומר מדיניות כללית אחידה שנקבעת "מלמעלה" (בכתב או אף בעל-פה) על-ידי המוסד הנתבע ביחס להחלטות בהקשר מסוים. מה שנדרש המבקש להוכיח... הוא כי המקרה שלו איננו מקרה יחיד; כי קיימים מקרים דומים אחרים; וכי הדמיון ביניהם אינו נובע ממקרים בלבד".

52. עוד תבהיר היועצת המשפטית לממשלה, כי גם כשקיימות שאלות פרטניות כאלו ואחרות (לצד שאלה משותפת מרכזית ומהותית שמתאימה לבירור בהליך הייצוגי), אין הדבר חורף בהכרח את גורלה של בקשת האישור לשבט. **חוק תובענות ייצוגיות עצמו מסדיר פתרונות שונים למקרים שכאלה.** כך, למשל, בסעיף 10(ג) לחוק הוסמך בית המשפט להגדיר תתי קבוצות, אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות משותפות, שאינן משותפות לכלל חברי הקבוצה.⁴¹ נוסף על כך, סעיף 20 לחוק מציע פתרונות לקשיים אפשריים בקביעת הזכויות לפיצויים ובקביעת סכומי הפיצויים לכל חבר קבוצה:⁴² במסגרת פסק דין בהליך הייצוגי ניתן לקבוע, שכל חבר קבוצה ידרש להוכיח באופן פרטני את זכאותו לפיצוי (סעיף 20(א)(2) לחוק), בין היתר באמצעות מינוי "ממונה" שיכריע בבקשות הזכויות ובדרך חלוקת הפיצוי (סעיף 20(ב)(1) לחוק); ניתן לפסוק פיצוי כספי בסכום כולל תוך מתן הוראות על חלוקתו בין חברי הקבוצה (סעיף 20(א)(ג) לחוק); ניתן לפסוק סעד לטובת הציבור באמצעות העברת הכספים לקרן לניהול ולחלוקת כספים הנפסקים כסעד שהוקמה בסעיף 27 לחוק (תוך יעודם לתחום הקרוב לנושא התובענה הייצוגית שהוגשה), וזאת במקרים שבהם פיצוי חברי הקבוצה באופן פרטני "אינו מעשי" (סעיף 20(ג) לחוק). פתרון נוסף שהוצע בפסיקה הוא: **"מתן פסק דין הצהרתי בו תוכרענה השאלות המשותפות לחברי הקבוצה, תוך הותרת השאלות הפרטניות להליכים אחרים"** (עניין **רזניק**, סעיף 27; עניין **גדיש**, סעיף 35). עוד נקבע, שכאשר קיים קושי בקביעת שיעור הנזק הכולל בהליך ייצוגי, ניתן לפסוק בדרך האומדנא (עניין **תנובה**, סעיף 53 לפסק דינה של כב' השופטת חיות (כתוארה אז)).

על כן, נקבע בפסיקה לרוב כי: **"הלכה היא כי בית המשפט לא יידחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשל קיומה של שונות בין חברי הקבוצה... אלא במקרים שבהם ברור כבר בשלב בקשת האישור כי לא ניתן להתגבר על הקשיים שמעוררת שונות זו באמצעות הכלים שמעמיד סעיף 20 לחוק תובענות ייצוגיות או פתרונות אחרים שנדונו בפסיקה"** (כב' הנשיאה חיות, עניין **אל על**).⁴³

גם פסיקה זו תומכת בעמדת היועצת המשפטית לממשלה, לפיה, **אין בהיעדר מדיניות מכוונת מצד הנתבע בכדי לשלול בהכרח אישור ניהול תובענה ייצוגית.** אכן, לעיתים, הוכחת תנאי החוק בדבר שאלות משותפות מהותיות לחברי הקבוצה ובדבר יעילות והוגנות ההליך הייצוגי לבירור המחלוקת, תהיה מורכבת יותר במקרים כאלה. אולם, כפי שפורט, החוק והפסיקה מציעים פתרונות שונים, שבמקרים המתאימים ניתן יהיה לעשות בהם שימוש, באופן שלא יחסום הליכים ייצוגיים הראויים לגופם ומקדמים את האינטרס הציבורי.⁴⁴

53. **סיכום הדברים בעניין זה:** לגישת היועצת המשפטית לממשלה, אין לדרוש כתנאי סף לאישור ניהול תובענה

⁴¹ ראו עניין **גדיש**, בפסקאות 35-36 לפסק דינה של כבוד הנשיאה בייניש, שם התקבל ערעור על דחיית בקשת אישור ונקבע שהיה מקום להתגבר על בעיית השונות בין חברי הקבוצה, באופן של בחינת האפשרות לפצל את הקבוצה לתת קבוצות.

⁴² יצוין, שהפסיקה אבחנה בהקשר זה, בין שונות במישור הנזק (שפעמים רבות, הכלים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה ופורטו למעלה יוכלו לתת לה מענה באופן ששונות כזו לא תחייב את דחיית בקשת האישור), לבין שונות מהותית במישור העילה בהיבט זה שעצם קיום העילה תלוי בבירור הנסיבות הפרטניות של כל חבר קבוצה (ובעניין זה, הכלים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה לא בהכרח יוכלו לתת לה מענה). ראו: ע"א 10085/08 **תנובה נ' ראבי**, בפסקה 55 לפסק הדין של כב' השופטת חיות (כתוארה אז) (נבו 4.12.2011) (להלן: **"עניין תנובה"**); עניין **פרייגר**, בפסקה 70 לפסק דינו של כב' השופט מלצר; רע"א 9617/16 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' לפיגר** בפסקה 29 (נבו 28.10.2018) (להלן: **"עניין לפיגר"**).

⁴³ רע"א 3425/16 **אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' ברנד** פסקה 16 (נבו 11.7.2016). עוד ראו: עניין **דבוש**, בפסקה 5 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז; רע"א 4114/17 **כמיפל בע"מ נ' זוהר**, פסקה 6 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות (נבו 2.11.2017); עניין **תנובה**, בפסקה 55 לפסק הדין של כב' השופטת חיות (כתוארה אז); עניין **פרייגר**, פסקאות 70-73 לפסק הדין של כב' השופט מלצר; עניין **לפיגר**, פסקה 29 לפסק דינה של כב' השופטת ברון.

⁴⁴ עם זאת, חשוב להדגיש, שהפתרונות העולים מהחוק והפסיקה אינם יפים לכל מקרה. בהחלט יתכנו מקרים, שלנוכח קיומן של שאלות פרטניות העומדות בליבת העניין, לא יהיה מנוס מדחייתן של בקשות אישור. ראו עניין **רזניק**, בפסקה 27.

כייצוגית שהתנהלות שמקימה עילה משפטית לחברי הקבוצה נובעת מקיומה של מדיניות מכוונת מצד הנתבע. במקרים המתאימים ניתן לאשר ניהול תובענה כייצוגית גם בהיעדרה של מדיניות כזו, ככל שקיימת קבוצה שהתעוררו בעניינה שאלות מהותיות משותפות של עובדה או משפט וככל שבנסיבות העניין ההליך הייצוגי הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. עם זאת, וכפי שפורט לעיל, לשאלת קיומה (או היעדרה) של מדיניות מכוונת כאמור עשויות להיות השלכות על האפשרות לעמוד בתנאים הקבועים בחוק לאישור ניהול התובענה כייצוגית במקרה כזה או אחר, ושאלה זו עשויה להישקל גם במסגרת שיקול דעת הכללי המוקנה לבית המשפט בהחלטה האם לאשר ניהול תובענה כייצוגית.

ה. גודל הקבוצה – האם תנאי סף לאישור תובענה כייצוגית?

54. כפי שפורט לעיל, אחד הנימוקים להחלטת בית משפט קמא לדחות את בקשת האישור הוא הנימוק הבא: "הנתונים הנתונים מלמדים לכל היותר על תקלות או טעויות נקודתיות ובוודאי לא על תופעה רחבת היקף או דרך פעולה בה אוזנת המשיבה על דרך השגרה" (סעיף 32 לפסק הדין) וכן: "לא שוכנעתי כלל ועיקר כי יש באותם מקרים פרטניים שהביא המבקש, בין אלו שאירעו בענייני ובין אותם מקרים בודדים שהביא לגביהם את עדות שניים ממכריו, על מנת ללמוד על תופעה מקיפה ורחבה" (שם, סעיף 39).
55. הצדדים בטענותיהם בהליך נחלקו בסוגיה זו, כמפורט לעיל, בסעיפים 8-12 לעמדה זו.
56. היועצת המשפטית לממשלה תידרש כעת לשאלה המשפטית שבנדון, מן ההיבט העקרוני.
- האם ראוי לדרוש גודל מינימלי של קבוצה (בכלל, או באחוז מהיקף הפעילות של הנתבע) כתנאי סף לאישור ניהול תובענה כייצוגית? האם יש לשאלת גודל הקבוצה משקל בהחלטה על אישור ניהול תובענה כייצוגית?

1. בחינת ההיסטוריה החקיקתית

57. טרם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, במסגרת החוקים השונים שאפשרו הגשת תובענות ייצוגיות מכוחם, אכן אחד מהתנאים לאישור תובענה כייצוגית נגע לשאלת גודל הקבוצה: "הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית המשפט והוא לא יאשרה אלא אם כן שוכנע שנתקיימו תנאים אלה... גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית".⁴⁵ סעיפים אלה בחוקים השונים בוטלו עם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות וכיום ניתן להגיש בקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית רק על בסיס חוק תובענות ייצוגיות (ראו: סעיפים 32-35, 38, 40 לחוק).⁴⁶
58. בחוק תובענות ייצוגיות לא קבועה הוראה דומה בין התנאים לאישור ניהול תובענה כייצוגית, ובסמוך תעמוד היועצת המשפטית לממשלה על משמעותה של נקודה זו. קודם לכן, תציין היועצת המשפטית לממשלה, שגם כאשר תנאי כאמור היה קבוע בחקיקה, בתי המשפט פירשו אותו באופן מרוכך, כך שבדרך כלל, התנאי הזה לא חסם הגשת תובענות ייצוגיות ראויות המקדמות את האינטרס הציבורי ואת תכליות מוסד התובענה הייצוגית, ואף אם מדובר היה בקבוצות קטנות. כך, למשל, באחד המקרים שנדונו בפסיקה, אושרה תובענה כייצוגית מכח חוק הגנת הצרכן בשם קבוצה קטנה שמנתה 25 איש בלבד,⁴⁷ וזאת מהטעם כי: "רשימות שמות התובעים אינם ידועים למבקשת ועל כן מוצדקת הגשת תובענה ייצוגית". וכתב על כך פרופסור סיני דויטש:⁴⁸ "זו דוגמא קיצונית למדי

⁴⁵ חוק הגנת הצרכן (תיקון מספר 3) התשנ"ד-1994, ס"ח 1474, 22.7.1994, 251, 252, סעיף 335 לחוק. כך גם בחוקים נוספים. ראו: חוק ניירות ערך (תיקון מספר 9) התשמ"ח-1988, ס"ח 1261, 27.7.1988, 183, 208, סעיף 354 לחוק; סעיף 16(ב)46(1) לחוק ההגבלים העסקיים תשמ"ח-1988 (שחוקק במסגרת חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988-מס' 3, ס"ח 1590, 10.5.1996, 301, 305); סעיף 16(ב)46(א) לחוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ"א-1981 (שחוקק במסגרת חוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ"א-1981-מס' 6, ס"ח 1590, 10.5.1996, 301, 307); סעיף 62(1) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח התשמ"א-1981 (שחוקק במסגרת חוק הפיקוח על עסקי ביטוח (תיקון מס' 7), התשנ"ז-1997, ס"ח 1634, 5.8.1997, 210, 212); סעיף 11(ג)2 לחוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996, ס"ח 1581, 21.3.1996, 229, 231.

⁴⁶ יצוין כי סעיף 354 לחוק ניירות ערך בוטל עוד קודם לכן, כאשר תובענות ייצוגיות בדיני ניירות ערך הוסדרו בסעיפים 207-218 לחוק החברות התשנ"ט-1999, ס"ח 1711, 27.5.1999, 185, 226 (להלן: "חוק החברות"). סעיפים אלה לחוק החברות (מלבד סעיף 209 העוסק בבקשה מהרשות לניירות ערך לסיע לטובעים מייצגים במימון התובענה) בוטלו בסעיף 40 לחוק תובענות ייצוגיות.

⁴⁷ ראו: בשי"א (תל אביב) 102262/98 (במסגרת ת"א 2204/98) המועצה הישראלית לצרכנות נ' החברה המרכזית לייצור משקאות, נבו, 19.10.1999, בסעיף 4ב להחלטה.

⁴⁸ סיני דויטש, תובענות ייצוגיות צרכניות- קשיים והצעות לפיתרון, מחקרי משפט כ' תשס"ד-2004, 299, 329.

לכך שגם מספר קטן יחסית של חברי קבוצה יכול להיות מספק כאשר התובע הייצוגי מתקשה באיתורם והנתבעת אינה מוכנה לשתף פעולה". ראו גם באסמכתאות הנוספות המובאות שם, ובסיכומו של דויטש: "מכאן שדרישה זו לא תהווה בדרך כלל מכשול של ממש בתובענה ייצוגית צרכנית".⁴⁹

59. משעה שכיום לא קבוע בחוק לא שאישור ניהול תובענה כייצוגית מותנה בגודל הקבוצה, ואדרבה המחוקק ראה שלא לכלול בחוק דרישת סף כזו שהייתה קבועה בחקיקה שקדמה לו, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שאין מקום לדרוש תנאי סף קטגורי לגודל קבוצה מסוים. לפיכך, אין לקבל את טענת המשיבה (ראו לעיל, סעיף 11 לעמדה זו) הסבורה כי באופן קטגורי "תופעה המצדיקה תביעה ייצוגית כנגד המשיבה הינה גדולה בהרבה מאחוז או שניים מכלל דברי הדואר", ונדרש לגישה להראות כי "אחוז ניכר ומשמעותי מכלל דברי הדואר הרשום לא נמסרים כנגד חתימה".

60. כך גם, לאור האמור לעיל, בפרק ג', סעיפים 26-34 לעמדה זו, על האיזונים הנדרשים בגדרי הדרישה מהתובע המייצג להוכיח קיומה של קבוצה, באופן זה, שמצד אחד על התובע המייצג לעמוד בנטל ההוכחה הנדרש ולהגיש בקשת אישור מבוססת כנדרש בין היתר בהיבט זה, ומצד שני אין להשית על התובע המייצג נטל מחמיר מידי באופן שעלול לחסום הליכים ייצוגיים ראויים שעשויים לקדם את האינטרס הציבורי. גם לאור כך, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שדרישה קטגורית, בכל מקרה ומקרה ל-"אחוז ניכר ומשמעותי", או ל-"תופעה... הגדולה בהרבה מאחוז או שניים" כטענת המשיבה, עלולה להפר את האיזון הנדרש ולא נכון יהיה לדרוש באופן קטגורי גודל קבוצה באופן המוצע על ידי המשיבה, כתנאי סף לאישור ניהול תובענה כייצוגית.

2ה. גודל הקבוצה יכול לשמש אחד מהשיקולים בהחלטה על אישור ניהול תובענה כייצוגית

61. עם זאת, גם לגישת היועצת המשפטית לממשלה, גודל הקבוצה הוא אחד השיקולים שבית המשפט צריך לשקול, כחלק ממכלול השיקולים הרלבנטיים בהחלטתו האם לאשר ניהול תובענה כייצוגית. כך, הן מן ההיבט של שיקול הדעת הכללי הנתון לבית המשפט בהחלטה על אישור ניהול תובענה כייצוגית (ראו לעיל, סעיפים 41-42 לעמדה זו), והן מן ההיבט של העמידה בתנאי "היעילות וההוגנות" הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק. כך עולה אף מדברי ההסבר לחוק⁵⁰, בהתייחס לתנאי זה לאישור התובענה: "מטרת הדרישה המופיעה בפסקה זו היא לשקף את מטרת החוק, לסייע לניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות ואת אופיו של מכשיר התובענות הייצוגיות. כך, למשל, יכול בית המשפט להביא בחשבון את גודל הקבוצה... תובענה ייצוגית תיחשב בדרך כלל כדרך היעילה וההוגנת ביותר כאשר מספרם הרב של חברי הקבוצה גורר חוסר יכולת מעשית לצרף את כולם כבעלי דין. בנוסף, משקף שיקול זה את העובדה כי יש בניהולן של תובענות פרטיות על ידי פרטים רבים חוסר יעילות למערכת המשפט וחשש מפסיקות סותרות".

אם כן, גודל הקבוצה אינו תנאי סף נפרד וקטגורי לאישור ניהול תובענה כייצוגית, אבל הוא כן משמש שיקול רלבנטי, בין מכלול השיקולים, בהיבטים שצוינו. עמד על הדברים בית המשפט הנכבד בעניין פרינר, בפסקה 67: "ההערכה שלפיה מספרם של חברי הקבוצה יהיה קטן יחסית – איננה מחייבת בהכרח את הקביעה כי התובענה הייצוגית איננה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. הדרישה שלפיה: "גודלה של הקבוצה מצדיק הגשת התובענה כתובענה ייצוגית", שהיתה קיימת בעבר בחוקים שהכירו באפשרות להגיש מכוחם תובענות ייצוגיות... איננה קיימת כיום, בחוק תובענות ייצוגיות... גם כאשר מונה הקבוצה מספר מועט של תובעים, ייתכן בכל זאת שהדרך הראויה וההוגנת לדון במחלוקת ביניהם לבין הנתבע

⁴⁹ עוד מעניין לציין, שלגבי תובענות ייצוגיות בתחום ניירות ערך, התנאי לאישור תובענה כייצוגית הנוגע לגודל הקבוצה רוכך עוד טרם חקיקת חוק תובענות ייצוגיות. ההוראות שנקבעו לעניין זה במסגרת חוק החברות (שבאו תחת ההוראות שהיו קבועות קודם לכן בסעיף 54 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968), כבר לא דרשו כדרישה עצמאית ומחייבת, שהתובע יראה שגודל קבוצה מצדיק הגשת תובענה ייצוגית, אלא העניין הוכנס כחלק מהדרישה הכללית לכך שההליך הייצוגי יהיה הליך יעיל והוגן: "התובענה הייצוגית היא הדרך המתאימה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, בשים לב, בין השאר, לגודלה של הקבוצה" (סעיף 210(א)(3) לחוק החברות). מכל מקום, כאמור, גם סעיף זה בוטל במסגרת חוק תובענות ייצוגיות (ראו בסעיף 40 לחוק), וכיום דרישה הנוגעת לגודל הקבוצה כלל לא קבועה בחוק.

⁵⁰ הצעת חוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006, ה"ח ממסלה 234, 2006.1.26, 255, 263.

הנה התובענה הייצוגית, אם משום שקיים קושי לאתר את התובעים, או אם משום שהתובעים חוששים לאשר את התובענה המוגשת בשם כל אחד מהם, שכן הנתבע יכול להטיל עליהם עלויות שונות, או להתנכל להם... כשמדובר בתובענה צרכנית העיקר – בהקשר זה – הוא, לטעמי, בכך שבית המשפט ישתכנע בדבר קיומה של קבוצה רלבנטית של בני אדם, ושמתיימרים לגבי התובענה יתר התנאים הנדרשים בחוק לאישורה כייצוגית...⁵¹.

כן ראו בדברי פלינט, ויניצקי, עמוד 150: "דומה שהמבחן הראוי אינו אם הקבוצה גדולה או קטנה, אלא אם יש אפשרות מעשית לאתר חבריה ולצרף אותם להליך".

62. היועצת המשפטית לממשלה תפנה למספר החלטות של בית משפט נכבד זה שאישר הגשת תובענות ייצוגיות, במקרים שבהם הקבוצות היו קטנות יחסית ולא ראה בכך נימוק השולל בהכרח את אישור התובענה. ראו למשל בעניין **כרמלטון**:⁵² "אף אם מספרם מועט באופן יחסי, נראה כי בכל מקרה יש קבוצה שנפגעה לכאורה מההתנהלות של כרמלטון; ודי בכך על מנת לאשר את ניהול התובענה כייצוגית".

63. שאלת גודל הקבוצה יכולה להישקל כחלק ממכלול השיקולים בהחלטה על אישור תובענה כייצוגית אף בהיבט נוסף. כאמור בדנ"א **זליגמן**, בגדרי דרישת היעילות וההוגנות הקבועה בחוק, "ניתן להתחשב גם בשיקולים הנובעים מנקודת מבט חברתית ולשאול האם יש בהגשת תובענה ייצוגית, בנסיבות, תועלת וחשיבות חברתית" (סעיף 158 לפסק דינו של כב' השופט מלצר) ובהיבט זה, ניתן לתת משקל מסוים, בין היתר, לשאלה "האם ההפרה הנתענת... גרמה נזק למספר רב של פרטים" (שם). כך גם, מן ההיבט של שיקול הדעת הכללי המוקנה לבית המשפט בהחלטה על אישור ניהול תובענה כייצוגית, מעבר לתנאים הנקובים בחוק (שם, סעיף 160).

64. עוד תעיר היועצת המשפטית לממשלה, ששאלת גודל הקבוצה יכולה להיות רלבנטית, כחלק ממכלול השיקולים, לאישור תובענה כייצוגית גם בהיבטים נוספים. לצד הסיטואציה שהוצגה, של קבוצות קטנות, שבמקרים מסוימים לא תתאים בעניינם תובענה ייצוגית, ובמיוחד כאשר כל חברי הקבוצה ניתנים לאיתור פרטני כאמור לעיל, קיימים גם מקרים הפוכים של קבוצות גדולות מאוד, שיתכן שבשל גודלן הרב לא בהכרח תתאים בעניינן תובענה ייצוגית. כך, כאשר הקבוצה אינה הומוגנית ועקב כך מתעוררות שאלות פרטניות משמעותיות המבחינות בין חברי קבוצה שונים, שלא יהיה יעיל ומעשי לבררן במסגרת הליך ייצוגי (וככל שהפתרונות שהוצעו בחקיקה ובפסיקה לשונות מסוימת שקיימת בין חברי קבוצה, לא יכולים להוות מענה מספק לכך, במקרה קונקרטי).⁵³

65. **סיכום הדברים בעניין זה**: גודל הקבוצה אינו תנאי סף לאישור ניהול תובענה כייצוגית. עם זאת, גודל הקבוצה עשוי להשפיע על החלטה על אישור תביעה כייצוגית, בהיבטים שונים שפורטו ובהתאם לנסיבות המקרה.

66. יש לדחות את טענת המשיבה, שיש ללמוד מפסק הדין המחוזי בעניין ת"צ (מחוזי מר') 45350-10-15 **אבין נ' דואר ישראל בע"מ** (נבו 1.7.2019) (להלן: "**עניין אבין**"), כאילו לשם הגשת תובענה ייצוגית נדרשת תופעה "הגדולה בהרבה מאחוז או שניים מכלל דברי הדואר" (סעיפים 41 ו-65, לסיכום המשיבה). פסק הדין בעניין אבין, בפסקה 55, נדרש להוראות החסינות הקבועות בחוק הדואר וקובע שאף במקרים שבהם ההוראות חלות, הן לא יחולו "מקום בו מתרחשת תופעה כללית שאינה מוגבלת למקרים בודדים, ואף לא לאחוז או שניים מכלל דברי הדואר, אלא בהיקפים נטענים גדולים בהרבה, והדבר עומד ביסוד תובענה ייצוגית המוגשת".

הדברים מתייחסים רק למקרים שבהם הוראות החסינות חוסמות הגשת תביעות נגד המשיבה, ובעניין זה נקבע

⁵¹ ראו גם: אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 145-146 (תשס"ז).

⁵² רע"א 9955/17 **קבוצת כרמלטון בע"מ נ' לחמן**, פסקה 15 (נבו 5.8.2017). עוד ראו: רע"א 3608/18 **יפאורה- תבורי בע"מ נ' שוקרון**, פסקה 13 (נבו 1.7.2019); רע"א 4486/18 **ריצ'רדסון נ' כהן** (נבו 1.7.2019), פסקה 20. עוד ראו דוגמא מעניינת מפסק הדין האמריקאי בעניין **Patrykus V. Gomilla** 1988, 121 F.D.R 357, שאישר תביעה ייצוגית בשם 50 אנשים, שישבו בבר המזווה עם הקהילה הלהטבייתית וטענו שמשתרת שיקו שפעלה בבר הפעילה כח בלתי סביר נגדם. ההחלטה קבעה, שיש הצדקה לאישור התביעה חרף העובדה שמדובר בקבוצה קטנה מאחר שאין אפשרות לאתר 50 איש שישבו בבר, בלילה ספציפי, כשלוש שנים לפני הגשת התביעה. כך גם מהטעם שיתכן שחלק מחברי הקבוצה לא יחפצו להיחשף כלהטביים.

⁵³ ראו דוגמאות לדבר בפסק דינו של כב' השופט גרוניס בעניין **אולסייל**, ובפסק הדין בעניין ת"צ (מחוזי ב"ש) 14253-08-18 **התאחדות הסוחרים הכללית והעצמאיים בישראל נ' חברת נמל אשדוד בע"מ** (נבו 10.6.2020) (ערעור תלוי ועומד בעניין (ע"א 5194/20 **התאחדות הסוחרים הכללית והעצמאיים בישראל נ' חברת נמל אשדוד בע"מ**)).

בפסק דין **אבין**, שהחסינות לא תחול כשמדובר בתופעה רחבה העולה על אחוז או שניים מכלל דברי הדואר. לעומת זאת, כשמדובר במקרים שבהם לא חלות הוראות החסינות, גם לגישת פסק הדין בעניין **אבין**, עשויה להתקיים הצדקה לתביעה ייצוגית, אף אם הקבוצה כוללת נפגעים בהיקף של אחוז שניים מכלל דברי הדואר בלבד, ככל שמתקיימים התנאים הקבועים בחוק לאישור ניהול תובענה כייצוגית. היועצת המשפטית לממשלה תשוב ותדגיש, כי אינו נדרש לשאלת תחולת הוראות החסינות בענייננו, ואינו מביע כאן עמדה, גם בנוגע לקביעת בית המשפט בעניין **אבין**, לפיה יש לאבחן ביחס לתחולת הוראות החסינות בין "מקרים בודדים", לבין "תופעה כללית".

3ה. מקומה של הטענה על בחינת היחס בין היקף התקלות להיקף הפעילות

67. היועצת המשפטית לממשלה תתייחס גם לטענת המשיבה, שאין מקום לאשר את ניהול התובענה כייצוגית, כי **"היקף תקלות צריך להימדד ביחס ישיר להיקף הפעילות. לכן כשהיקף הפעילות עצום אזי תקלות בפחות מאחוז מהיקף כה גדול עולה כדי דבר של מה בכך ולא יכול להיחשב כהיקף בלתי סביר"** (סעיף 62 לסיכום המשיבה), ולטענתה כי **"גם אם במצטבר מדובר במאות אלפי דברי דואר"**, הדבר לא מצדיק תובענה ייצוגית, **"בשים לב לכך ששירותי הדואר של המשיבה ניתנים בידי בני אנוש... לא ניתן להימנע מטעויות שכאלה"** (סעיף 41).

68. היועצת המשפטית לממשלה מסכימה, שניתן לשקול את היחס בין היקף התקלות להיקף הפעילות כחלק ממכלול השיקולים ששוקל בית המשפט בהחלטה על אישור ניהול תובענה כייצוגית. עם זאת, **אין מקום לקביעה קטגורית שמאות אלפי תקלות לא יצדיקו תובענה ייצוגית**, אם מדובר בפחות מאחוז מהיקף הפעילות הכולל.

69. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שיש משקל גם למספר התקלות וחברי הקבוצה שנפגעו מהן, ולא רק לחישוב האחוזי של תקלות אלו, מהיקף הפעילות של הנתבע. ככל שמדובר במאות אלפי תקלות שגרמו נזק לחברי הקבוצה, וככל שקיימת לחברי הקבוצה עילה משפטית שמזכה אותם בפיצויים בגין נזק זה או בהשבת כספים ששילמו, היועצת המשפטית לממשלה אינה סבורה, שדי בכך שמבחינה אחוזית מדובר באחוז תקלות נמוך יחסית, בכדי לחרוץ את גורלה של בקשת אישור שכזו לדחייה, בכל מקרה ומקרה. לא דומה מקרה של תקלות אנוש ספורות (שאכן מטבע הדברים לא ניתן למנוע אותן כל עוד מדובר בפעילות אנושית וככל שבכך מדובר אכן הדבר לא יתאים, ככלל, לבירור במסגרת של תובענה ייצוגית), למקרה של מאות אלפי תקלות, שכאמור, עשוי בנסיבות מסוימות להצדיק תובענה ייצוגית אף אם מדובר באחוז לא גבוה מנפח הפעילות הכללי של הנתבע. כך, למשל, מקרה שהיה רלבנטי לטענה של טעויות אנוש בודדות ובלתי נמנעות היה המקרה של **מרדכי לוי**,⁵⁴ שבו דחה בית משפט זה בקשת אישור, היות שמדובר היה בשתי תקלות בלבד שהתגלו (מתוך נפח פעילות משמעותי של הנהלת בתי המשפט) ועל כגון דא יפים דברי כב' הנשיאה חיות שם (לעיל, סעיף 29 לעמדה זו): **"העניין של תובענות ייצוגיות... הוא לא להתלבש על טעויות כאלה ואחרות... בכל מערכת תהיה המתקדמת ביותר, אף מערכת לא חפה מטעויות"**. ברם, מקרה של מאות אלפי תקלות אינה דומה לכך.

70. אם כן, לגישת היועצת המשפטית לממשלה, בין היתר, יש לשקול את מספר התקלות ומספר חברי הקבוצה שנפגעו מהן; יש לשקול את אחוז התקלות מנפח הפעילות הכולל; יש לבחון את עילת התביעה והאם קיימת אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה; יש לבחון האם התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת ויש לבחון באופן כללי האם התובענה הקונקרטית צפויה להגשים את תכליות מוסד התובענה הייצוגית ולקדם את האינטרסים של חברי הקבוצה ואת האינטרס הציבורי.⁵⁵ עוד יש לבחון, את מכלול נסיבות המקרה הקונקרטי. אחרי שהשיקולים כולם ייבחנו (וכמובן בכפוף להוכחת כל התנאים המחייבים לאישור ניהול תובענה כייצוגית הקבועים בסעיף 8 לחוק), יחליט בית המשפט האם במכלול הדברים קיימת הצדקה לאישור ניהול התובענה כייצוגית.

1. מן הכלל אל הפרט

⁵⁴ ראו לעיל, פסקה 29 והערת שוליים 15.

⁵⁵ ראו גם: דנ"א זליגמן, פסקה 158 לפסק דינו של כב' השופט מלצר.

71. היועצת המשפטית לממשלה פרסה לעיל את גישתו ביחס לעקרונות המנחים בסוגיות המשפטיות העקרוניות שלפנינו: דרישת החוק להוכחת קיום שאלות מהותיות המשותפות לחברי הקבוצה; שאלת קיומה או היעדרה של מדיניות מכוונת מצד הנתבע בנוגע לפעילות שבה עוסקת בקשת האישור והשפעתה על אישור ניהול התובענה כייצוגית; ושאלת גודל הקבוצה המיוצגת והשלכותיה על אישור ניהול התובענה כייצוגית.

72. היועצת המשפטית לממשלה סבורה שיש ליישם עקרונות אלה ולאורם לבחון את שאלת אישור התובענה בענייננו.

73. עם זאת, לאחר בחינת הדברים, ובמכלול נסיבות העניין הקונקרטי **היועצת המשפטית לממשלה תותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את ההכרעה האופרטיבית בערעור ובבקשת האישור.**

זאת, בשים לב, בין היתר, למחלוקות עובדתיות וראייתיות קונקרטיות שבין הצדדים שעשויות להשפיע על ההכרעה בהליך, אשר בנסיבות העניין היועצת המשפטית לממשלה לא רואה להביע עמדה לגביהן.⁵⁶

74. עם זאת ובזיקה לעקרונות המשפטיים הכלליים שפורטו לעיל, תעיר היועצת המשפטית לממשלה מספר הערות עקרוניות קצרות, בנוגע להליך הקונקרטי שלפנינו.

75. הגם שבענייננו אין חולק כי אותם מקרים שבהם המשיבה לא מסרה דברי דואר רשום לנמענים כנדרש לא היו פרי מדיניות מכוונת, **אין בכך כדי לשלול בהכרח את אישור ניהול התביעה כייצוגית.** כך גם, העובדה שמספר התקלות הוא נמוך יחסית (מבחינה אחוזית) ביחס להיקף פעילות המשיבה, **אינה שוללת בהכרח** את אישור התובענה כייצוגית, וזאת ככל שתתקבל הטענה שמדובר במאות אלפי חברי קבוצה שעומדת להם עילה משפטית לכאורית נגד המשיבה (וכאמור, בכך לא תביע היועצת המשפטית לממשלה עמדה).

כפי שפורט לעיל, לגישת היועצת המשפטית לממשלה, יש מקום לשקול נסיבות אלו של העדר מדיניות מכוונת ואחוז נמוך יחסית של תקלות בהשוואה לנפח הפעילות הכולל של המשיבה, כחלק משיקול הדעת המוקנה לבית המשפט בהחלטה על אישור ניהול תובענה כייצוגית. זאת, לצד שקילת יתר השיקולים הרלבנטיים ובכללם, מידת חוזקה של עילת התביעה, שאלת החשיבות הציבורית של ההליך, מספר חברי הקבוצה שנפגעו, שאלת הפוטנציאל של ההליך לקדם את זכויות חברי הקבוצה, את האינטרס הציבורי ואת תכליות החוק ועוד.

76. עוד תטעים היועצת המשפטית לממשלה, שנכון יהיה לבחון בענייננו את השאלה, עד כמה לצורך הבירור וההכרעה בהליך ידרשו בירורים פרטניים הנוגעים לכל חבר קבוצה ולנסיבות התקלה שבגינה דבר הדואר הרשום ששלח לא נמסר לנמען כנדרש, באופן שאינו מתאים להליך ייצוגי.

כפי שפורט לעיל, מדובר בשאלה חשובה, בין היתר, בגדרי דרישת היעילות וההוגנות הקבועה בסעיף 8(א)(2) לחוק. בית משפט קמא קבע בהחלטתו כי יידרש "בירור פרטני ואישי של כלל התקלות" (פסקה 39 להחלטה. ראו שם גם בפסקה 40). אמנם, כפי שפורט לעיל, בסעיף 52 לעמדה זו, לסוגיית השונות בין חברי קבוצה קיימים פתרונות שונים בחקיקה ובפסיקה. כך, ככל שקיים קושי באיתור חברי הקבוצה ובחישוב נזקם הפרטני⁵⁷ ניתן לכאורה לעשות שימוש בכלים הקבועים בסעיף 20 לחוק (למשל, בדרך של פיצוי בסכום כולל ו/או בפסיקת סעד לטובת הציבור) ובפסיקה (למשל חישוב סכומי הפיצויים וההשבה בדרך של אומדן). ראו למשל בעניין **לפינר**, פסקה 29.

אולם, ככל שעצם קיום העילה תלוי בבירור הנסיבות האישיות והפרטניות של כל חבר קבוצה, ייתכן שהכלים האמורים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה לא יוכלו לתת מענה מספק בנסיבות העניין.⁵⁸

כמו כן ראו בפסקה 41 לפסק הדין קמא שקבע כי מדובר ב-"תקלות נקודתיות המצריכות בירור פרטני של כל מקרה

⁵⁶ כך למשל, המחלוקת האם חמישה משלוחים של דואר רשום שהציג המערער לפני בית המשפט (שכללו 408 מכתבים רשומים, שלטענתו, כ-198 מכתבים מתוכם לא נמסרו לנמענים כנדרש) מוכיחים קיום קבוצה כטענת המערער, או שמא "המערער דלה מתוך עשרות או מאות משלוחים מרוכזים ששלח, רק את אלה שנוו לו לדלות וניסה על יסודם להציג נתון מגמתי..." (כטענת המשיבה (סעיף 19 לסיכום טענותיה)). ראו גם באמור בסעיפים 31 ו-39 לפסק הדין קמא בעניין עובדתי וראיתי זה. עוד ראו את מחלוקת הצדדים האם הנתונים שהציגה המשיבה על 0.83% בממוצע שנתי של דברי דואר רשום שלא נמצא תיעוד על מסירתם והחתמתם כנדרש, מוכיחים את אי מסירתם, או לחלופין האם אי התיעוד כשלעצמו מקים עילה לחברי הקבוצה (סעיפים 22, 39, 41 ו-59 לסיכום טענות המשיבה; סעיפים 16 ו-56 לסיכום טענות המערער וסעיף 4 לסיכום תשובתו). כך גם המחלוקת העובדתית בנוגע למשלוחים הקונקרטיים של המערער, האם מדובר בבישול קונקרטי של דוור פלוני, או שהדברים טופלו על ידי דוורים שונים ובערים שונות ומדובר במחדל כללי יותר ובתופעה ושיטה (ראו: סעיפים 52 ו-56 לסיכום טענות המערער; סעיפים 45-46 לסיכום טענות המשיבה).

⁵⁷ ראו למשל את טענת המשיבה (בסעיף 88 לתשובתה לבקשת האישור), שלא ניתן לברר כיום את נסיבות המשלוחים מהשנים 2015-2016. ⁵⁸ ראו בעניין **תנובה**, בפסקה 55 לפסק הדין של כב' השופט חיות, ובעניין **פרינר**, בפסקה 70 לפסק דינו של כב' השופט מלצר, שעמדו על האבחנה בהקשר זה, בין שונות בנזק, לשונות הנוגעת לעצם קיום העילה.

ומקרה כאשר קיימת אפשרות של ממש כי חלקם של המקרים אף יפלו בגדרה של החסינות העומדת למשיבה מכוח חוק הדואר". ואכן, מבלי לקבוע מסמרות, יתכן, שבירור הנסיבות הפרטניות של כל מקרה ותקלה, עשוי להשפיע על שאלת החסינות וממילא על עצם קיום העילה של חבר קבוצה כזה או אחר. כאמור, היועצת המשפטית לממשלה תותיר את ההכרעה הקונקרטית בעניין זה, בנסיבות המקרה שלפנינו, לשיקול דעת בית המשפט הנכבד.

77. ולבסוף, תעיר היועצת המשפטית לממשלה, שבכל הכבוד היא אינה שותפה לנימוק שציין בית משפט קמא הנכבד (בין יתר נימוקיו) לדחיית בקשת האישור, "בהתחשב בכך שעומדת למבקש האפשרות לתביעה כספית אישית כנגד חברת הדואר" (סעיף 39 לפסק הדין קמא).

היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שבנסיבות העניין, החלופה של תביעה כספית אישית אינה חלופה מעשית, וודאי בהתייחס לרוב חברי הקבוצה, ולכן היא לא יכולה להצדיק כשלעצמה את דחיית בקשת האישור. ברי, שלהגשת תביעה אישית על סך של 19 ש"ח⁵⁹ אין כדאיות כלכלית ואין היתכנות מעשית. כפי שנפסק בעניין צמח, בפסקה ע"ה: "את כלי התובענה הייצוגית עיצב המחוקק כמכשיר חברתי, כמענה ליחידים אשר נזקו של כל אחד מהם אינו גדול, ואילו לא האפשרות לרכז את תביעותיהם לא היתה כדאיות בתביעת נזק".

המערער טען בענייניו, שזקו האישי עומד על סך של 4206 ש"ח (ראו סעיפים 94-100 לבקשת האישור), אולם, בהכרעה בבקשה לאישור ניהול תובענה ייצוגית המוקד צריך להיות בקידום האינטרסים של הקבוצה ולא בנסיבות האישיות של התובע.⁶⁰ היות ובענייניו, באופן מובהק אין היתכנות מעשית להגשת תובענות אישיות על ידי חברי הקבוצה, אין באפשרות התאורטית של המערער להגיש תביעה אישית, כדי להצדיק את דחיית בקשת האישור מטעם זה.

ז. הוראות הרישיון החל על המשיבה ביחס ל-"תקני איכות ושירות"

78. הצדדים שלפנינו חלוקים בפרשנות הוראות הרישיון החל על המשיבה, בנוגע ל-"תקני איכות ושירות" המחייבים את המשיבה בנוגע למשלוח דואר רשום. למחלוקת זו נגיעה מסוימת גם לשאלת אישור ניהול התובענה כייצוגית בענייניו.

79. היועצת המשפטית לממשלה תראה להביע את עמדתה במחלוקת זו. העמדה שתוצג משקפת גם את דעתו של המאסדר (משרד התקשורת). כפי שנקבע בפסק הדין בעניין פירט⁶¹ (בנוגע למחלוקת פרשנית ביחס לרישיון של חברת פלאפון), קיימת חשיבות בשמיעת עמדת המאסדר שקבע את הוראות הרישיון, וראוי לתת לה משקל מתאים: "היה מקום להידרש לעמדת משרד התקשורת בשאלות הפרשניות המתעוררות בבקשת האישור – בהיותו לא רק מנסח הרישיון, אלא אף הגורם האמון על אכיפת הוראותיו... הרישיון הוא מסמך ארוך וסבוך, הכולל מגוון הוראות מתירות ואוסרות, בשורה של נושאים מקצועיים, צרכניים ואחרים; ומשרד התקשורת הוא הגורם בעל המומחיות הדרושה על מנת להשקיף על הרישיון כמכלול, ובהתאם נודע גם משקל לפרשנותו את ההוראות הרלוונטיות בהקשר... אין בפסיקה עוררין על כך שיש לייחס משקל לעמדתו של הרגולטור המגבש את ההנחיות המינהליות ואמון על אכיפתן, גם אם הדעות חלוקות לגבי כובד המשקל שיש לייחס לעמדה זו".⁶²

הדברים יפים גם לענייניו, שעה שמדובר ברישיון שהמאסדר קבע וניסח, הוא אמון על אכיפתו (בין היתר ביחס לחובות המשיבה במסירת דברי דואר רשום כנדרש), וגם לנוכח המומחיות של המאסדר.

⁵⁹ הנזק הממוני הנטען לכל חבר קבוצה עומד על 13.05 ש"ח (סעיף 97 לבקשת האישור), והנזק הבלתי ממוני הנטען עומד על 5 ש"ח לכל חבר קבוצה (שם, סעיף 101).

⁶⁰ ומטעם זה, נקבע בסעיף 8(ג)(2) לחוק, שאם מתקיימים התנאים לאישור ניהול התובענה כייצוגית, אולם למבקש לא קיימת עילה אישית, יאשר בית המשפט את התובענה ויורה על החלפת התובע המייצג. כן ראו: רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ פ"ד מט(5) 774, 791 (1996); עניין גדיש, פסקאות 21-22 לפסק דינה של כב' הנשיאה בייניש.

⁶¹ רע"א 7169/17 פלאפון תקשורת בע"מ נ' פירט בפסקה 10 להחלטה (נבו 3.2.2019).

⁶² ויודגש, שדברים אלה כמוכן בתוקף גם לאחר שניתן פסק הדין בעניין דני"א זליגמן, שעסק בשאלת כובד המשקל שיש לתת לפרשנות המאסדר להנחיותיו. כפי שצוין בעניין פירט (כמו גם בעניין דני"א זליגמן עצמו), לכל הדעות, יש לייחס משקל לעמדת המאסדר, וראוי לשמוע את עמדתו.

80. וכעת, **לגוף הדברים**. בפסקה 33 לפסק הדין קמא נקבע, שתקן האיכות והשירות ברישיון המשיבה קובע "תקן שירות של 90% ממסירות המכתבים", ביחס לדואר רשום, ובהתאם לנתונים שהגישה המשיבה, "מספר המקרים בהם לא בוצע השירות כנדרש והמכתב לא נמסר ליעדו נמוך בשיעור ניכר משיעור התקן הנדרש". המערער טוען (בסעיפים 43-48 לסיכומו), ששגה בית משפט קמא בפרשנותו להוראות הרישיון של המשיבה. לטענתו, בהתאם להוראות הרישיון, לא די במסירת דברי דואר רשום כנדרש ב-90 אחוזים מהמקרים, אלא נדרש ביצוע השירות ב-100 אחוז מהמקרים (ובפרקי הזמנים הקבועים ברישיון).
- מנגד, המשיבה טוענת (בסעיפים 42-43 לסיכומה), שצדק בית משפט קמא בקביעתו שהפרשנות הנכונה להוראות הרישיון החל על המשיבה היא, שתקן השירות עומד על 90% הצלחה במסירת דברי דואר רשום כדין.
81. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שבית משפט קמא הנכבד שגה, בכל הכבוד, בפרשנותו להוראות הרישיון. היועצת המשפטית לממשלה תעמוד על הדברים, בקצרה.
82. סעיף 28.1 לרישיון המשיבה⁶³ קובע: "בעל הרישיון יספק את שירותיו באורח תקין וסדיר ובאופן בלתי מפלה, בהתאם לתקני איכות ושירות כמפורט בנספח ב' ובהתאם להוראות הדין והרישיון". בעמודים 18-19 לנספח ב' לרישיון, מפורטים "תקני האיכות והשירות" שעל המשיבה לעמוד בהם ביחס למשלוח דואר רשום.
- וכך נאמר שם (בסעיף 1.3): "החל מיום 1.9.2015 לכל הפחות 90% מדברי הדואר הרשומים יימסרו במען הנמען... במקרה שבו לא התאפשרה מסירה כנגד חתימה במען הנמען, תושאר במען הנמען הודעה ראשונה בדבר יחידת הדואר שבה ניתן לקבל את דבר הדואר; עד שבעה (7) ימי עבודה מניסיון המסירה כאמור תושאר הודעה שנייה, ככל שדבר הדואר לא נמסר לנמען; ככל שדבר הדואר לא נדרש עד ארבעה עשר (14) ימי עבודה מיום ניסיון המסירה במען הנמען כאמור, יחזיר בעל הרישיון את דבר הדואר לשולח. משך הזמן ממשלוח דבר דואר רשום ועד מסירתו כנגד חתימה, או עד השארת הודעה ראשונה בדבר יחידת הדואר שבה ניתן לקבל את דבר הדואר, יהיה כמפורט לעניין שירות משלוח דבר דואר רגיל פנים-ארצי".
83. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שההוראה בדבר מסירה של 90% מדברי הדואר הרשומים כעומדת בתקן השירות, מתייחסת למסירה של דבר הדואר הרשום במען הנמען, להבדיל מהשארה במען הנמען של הודעה על יחידת הדואר שבה ניתן לקבל את דבר הדואר הרשום. כלומר, לפחות ב-90% מהמקרים יש למסור את דבר הדואר הרשום עצמו במען, ואילו בשיעור של עד 10 אחוז מהמקרים ניתן להסתפק בהותרת הודעה במען על הדואר הרשום.⁶⁴
- אולם, לא נקבע בהוראות הרישיון שאם ב-10% מהמקרים לא נמסר במען דבר הדואר וגם לא הושארה הודעה ראשונה על דבר הדואר, הדבר עומד בתקן השירות. אדרבה, **נקבע מפורשות** בסיפא של ההוראה המצוטטת, כי משך הזמן ממשלוח הדואר הרשום, ועד מסירתו כנגד חתימה או עד השארת הודעה ראשונה, "יהיה כמפורט לעניין משלוח דבר דואר רגיל פנים-ארצי".
- ההוראות לגבי משלוח "דבר דואר רגיל פנים-ארצי" מפורטות בנספח ב' לרישיון שם, בעמוד 17 (סעיף 1.1):
- "משך הזמן ממשלוח דבר דואר ועד מסירתו או חלוקתו... יהיה לכל הפחות כמפורט להלן:
- 61% מדברי הדואר לכל יישוב תוך שלושה (3) ימי עבודה; 75% מדברי הדואר במצטבר, לכל יישוב תוך ארבעה (4) ימי עבודה; 90% מדברי הדואר במצטבר, לכל יישוב, תוך חמישה (5) ימי עבודה; 95% מדברי הדואר במצטבר לכל יישוב, תוך שישה (6) ימי עבודה; 100% מדברי הדואר במצטבר לכל יישוב, תוך שבעה (7) ימי עבודה".
- תקן השירות ביחס לדואר רשום, דורש אם כן, כי **100% מדברי הדואר, יימסרו כנדרש, תוך 7 ימים** (אם במסירה במען כנגד חתימה ואם בהותרת הודעה ראשונה במען, על יחידת הדואר שבה ניתן לקבל את דבר הדואר).
84. העולה מהאמור, ששליחה ומסירה כנדרש של 90% בלבד מדברי הדואר הרשום, אינה מקיימת את תקן השירות המחייב שנקבע ברישיון המשיבה, והמשיבה נדרשת לעמוד בשיעור של 100% מסירה כנדרש של דברי הדואר הרשום תוך 7 ימים (כאמור, במסירת דבר הדואר הרשום במען, או בהותרת הודעה במען, על יחידת הדואר שבה ניתן לקבלו).

⁶³ הרישיון מצ"ב ומסומן כנספח א', לעמדה זו.

⁶⁴ יצוין, שכאמור ברישיון (שם), סירוב נמען לקבלת דבר דואר רשום לא ייחשב כמסירה ולא ייחשב בסך דברי הדואר שנועדו למסירה במען.

85. היועצת המשפטית לממשלה סבורה, שפרשנות זו **עולה מפורשות כבר מלשון הרישיון**, שהיא **חד משמעית ואינה**

משתמעת לשני פנים.

86. פרשנות זו גם **מיושמת בפועל מזה שנים על ידי המאסדר** (משרד התקשורת), וגם **נמסרה למשיבה** במסגרת הפעלת הסמכויות המוקנות בדין למאסדר בעניין. כך, למשל, במסגרת הודעות שנשלחו על ידי המאסדר למשיבה במהלך השנים ביחס לכוונה להטיל עיצומים כספיים עליה בגין הפרת הוראות הרישיון, בין היתר בהתייחס להפרות של הרישיון שנגעו למשלוח דברי דואר רשום.

87. עוד יצוין למען שלמות התמונה, שבשנים 2015-2020 אף הוטלו שני עיצומים כספיים על המשיבה, בין היתר, בגין מחדלים במשלוח דברי דואר רשום במועדים הקבועים ברישיון. זאת, בהתאם לסמכות המוקנית למנכ"ל משרד התקשורת בסעיף 109ב(א)(5) לחוק הדואר, להטיל עיצום כספי על בעל רישיון.

88. המשיבה בסיכום טענותיה לא מתייחסת להוראות הרישיון עצמן, ומסתפקת בהעלאת הטענה שנקודת המוצא היא שהתיינה תקלות אנוש ולכן יש להסתפק בתקן שירות של ביצוע כנדרש של 90% של משלוחי דואר רשום (ראו בסעיף 43 לסיכום המשיבה).

בעניין זה תבהיר היועצת המשפטית לממשלה, שמצופה מהמשיבה לעשות את המירב על מנת למנוע תקלות, בהתאם להוראות הרישיון **בהן עליה לעמוד. הוראות הרישיון ברורות ולפיהן אין להסתפק בעמידה בתקן של 90% בלבד, וברי שהן מחייבות את המשיבה.**

89. מכל מקום, כאשר המאסדר שוקל נקיטת עיצום על בעל רישיון, בשל הפרת הוראה מהוראות הרישיון, הוא שוקל, בין היתר, את מכלול נסיבות העניין, את היקף ההפרה, את המאמצים שעשה בעל הרישיון בכדי לעמוד בהוראותיו, את נסיבות ההפרה, את המאמצים שעושה בעל הרישיון לתיקון העניין ולמניעת הישנות התקלה, ואת קיומן של הפרות קודמות. לאחר שקילת כלל השיקולים הרלבנטיים מתקבלת החלטה האם להטיל עיצום ובאיזה שיעור. ראו גם בסעיף 2 לתקנות הדואר (הפחתה של סכום עיצום כספי), התשע"ד-2013, שמוסמך מנכ"ל משרד התקשורת להפחית את סכום העיצום הכספי בשיעורים ובנסיבות המפורטים שם, ובכלל זה בנסיבות שבהן לא הייתה הפרה בשלוש השנים הקודמות; אם ההפרה הופסקה ביוזמת בעל הרישיון שאף דיווח עליה ביוזמתו; אם בעל הרישיון נקט פעולות למניעת הישנות ההפרה ולהקטנת הנזק; וכאשר ההפרה היא קלה בנסיבותיה, בהתחשב בין היתר בהיקף ההפרה (ראו שם את שיעורי ההפחתה בכל אחת מנסיבות מקלות אלו). גם בהוראה זו, יש בכדי **לאזן את הדברים.**

90. לנוכח האמור, לגישת היועצת המשפטית לממשלה, **שגה בית משפט קמא הנכבד** בסעיף 33 להחלטתו, כאשר קבע, שלשם עמידה בהוראות הרישיון די במסירת משלוחי דואר רשום כנדרש ב-90% מהמקרים בלבד. על כן, **נימוק זה אינו מצדיק כשלעצמו את דחיית בקשת האישור**, אף אם המשיבה מוסרת משלוחי דואר רשום בשיעור של למעלה מ-90% מהמקרים.

91. עוד תעיר היועצת המשפטית לממשלה, מן ההיבט הכללי, למען שלמות התמונה ובלי לקבוע מסמרות בנוגע לעילות התביעה הקונקרטיות בענייננו, שעילות תביעה אזוריות בתובענה ייצוגית, אינן מוגבלות בהכרח רק להפרת הוראות הרישיון של המשיבה שמסמיכות את הגורמים הרלוונטיים להטיל עיצום כספי בשדה המשפט המנהלי.

92. **סיכומם של דברים**: לאור כל האמור לעיל, היועצת המשפטית לממשלה **תבקש מבית המשפט הנכבד לאמץ את עמדתה שפורטה ביחס לשאלות המשפטיות העקרוניות שהתעוררו בהליך**. בכפוף לעמדה משפטית זו, היועצת המשפטית לממשלה **תותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את ההכרעה הקונקרטית האופרטיבית** בערעור שבכותרת ובבקשת האישור שלפניו.



יואב שחם, ע"ד
המחלקה האזרחית
פרקליטות המדינה

